الامام محمد ابو زهرة

الملكية ونظرية العقد

فى الشريعة الاسلامية

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي

الامام محمد ابو زهرة

الملكية ونظرية العقد
في الشريعة الإسلامية

ملتزم الطبع والنشر
دار الفكر العربي

دار الاتحاد العربي للطباعة
لصاحبها: محمد عبد الرازق
١٥ كنيسة الأرمن ش الجيش
تليفون ٩٣٤٠٩٨

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

أما بعد فقد قمت بتدريس المعاملات المالية فى الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق عامين متتالين ، وهذا ثالثهما ، ولقد كانت ثمرة تلك الدراسة هذا الكتاب الذى أخرجه للناس ، تهديت فيه الطريق الذى أنارته لى معالجة الدرس ، ومداومة البحث فى مصادر الشريعة ومواردها . ولقد عنيت فيه بأمرين ، جعلتهما هدفاً مقصوداً ، وغرضاً منشوداً :

(أحدهما) شرح أدلة الأحكام وتوجيهها ، لا أذكر قضية إلا بينت عمادها من النقل ، وسنادها من العقل ، وأصلها من الفقه وذلك لأن روح الفقه الاستدلال ، ومثل الأحكام من غير أدلتها مثل الجسم قد فقد الروح. وأن الأحكام الشرعية هى آراء رجال مضوا استنبطوها تحت راية القرآن الكريم والحديث النبوى الشريف ، ومن حق هؤلاء الأسلاف أن نذكر ماقالوه مقرونا بأدلته ، مؤيدا بحججه ، ليكون ذلك دفاعهم عن آرائهم أمام الأخلاف ، وما الذى يذكر الأحكام من غير أدلتها إلا كمن يتقدم فى الخصام أمام القضاء ، طالباً حقاً من غير دليل يقدمه أو بينة يقيمها ، معتمداً على عطف الخصوم ، وقد تنكروا له .

وان الاستدلال يربى فى طالب القانون روح التمحيص ومناقشة الآراء ، ويشحذ ذهنه ، ويرهف مداركه ، ويعوده تلمس الحق فى متنازع الآراء ، ومضطرب الأفكار .

(الأمر الثانى) مما عنيت به بيان القواعد الفقهية التى انفرعت منها فروع الشريعة ، وانشعبت منها مسائلها ، فإنى رأيت قالة قد شاعت ، بين قوم ، قوامها أن الشريعة ليست إلا حلولا جزئية ؛ فكان جد لازم على أن أعنى بقواعد الشريعة وأن أضعها فى مطارح أنظارهم ، حساهم يبصرونها ، وأن أقربها من أيديهم حساهم يلمسونها ، فجمعت من القواعد فى هذا الكتاب ما قد يرد الحق إلى نصابه ، وينصف حقيقة طالما تجنى عليها النظر العاجل ، والبحث الناقص الذى لا يعتمد على الاستقراء والتتبع .

وأنا لا أدعى بصنيعى فى هذا الكتاب أنى قد أتيت ببدىء لم أسبق به ، بل لقد سبقنى إلى خدمة الشريعة رجالات خدموا الفقه الإسلامى فى هذا الجيل ، وكانت مدرسة القضاء الشرعى ، وكلية الحقوق الميدانين اللذين برز فيهما أولئك الأقطاب ، رحم الله من مضى منهم ، وحفظ لنا من بقى ، ورضى عنهم جميعاً وأرضاهم ، ووفقنا لأن نقتفى آثارهم ، والله الهادى إلى سواء السبيل ؟

محمد أبو زهرة

٢٠ جمادى الأول ١٣٩٦ هـ

٢٠ مايو سنة ١٩٧٦ م

لمامة موجزة بتاريخ الفقه الإسلامي(١)

١ — الشريعة الإسلامية تعتمد على الدين، وتقوم على أساسه، وتسير على هديه. وفقهاء المسلمين مهما تتشعب مسالكهم، وتتنوع مشاربهم، وتتخالف مناهجهم — يتجهون جميعا صوب الدين، وينهلون من عذبه. كل يقول قوله، ويذهب مذهبه، على أنه شرع الله وفهمه لدين الله، فأبو حنيفة مثلا يقول في آرائه في العبادات، ومعاملات الناس، ونظام الأسرة، والعقوبات الزاجرة — إنها فهمه للإسلام، وشرعه في هذه المسائل جميعا. وكذلك غيره من أعلام الأئمة، وفقهاء المسلمين، كلهم يمتون إلى هذا الدين بنسب، ويربطون بين ما يستنبطون والوحي المنزل على لسان النبي المرسل بأسباب تقصر وتطول، وتقرب وتبعد.

ومن يحاول أن يفهم الشريعة الإسلامية على أنها قوانين مجردة ومعالجات لإصلاح طوائف من المجتمع وتنظيم معاملاتهم من غير أن يربطها بالاسلام — فلن يفهمها على وجهها الصحيح، لأن الفهم المستقيم ما قام على رد الفروع إلى أصولها، والنتائج إلى مقدماتها، والأحكام إلى غاياتها، والآراء إلى مقاصد قائليها، وإن من يحاول هذه المحاولة كمن يتصور أن ثمرا يكون من غير شجر، أو أن غصونا تقوم على غير جذوع.

وليس في كون الفقه الإسلامي مستمداً ينابيعه من الدين، وقائما على أساسه — غض من قيمته ولا نقص من قدر المستنبطين له المفرعين لفروعه، لأن أولئك الرعيل الأول من المسلمين رأوا بثاقب نظرهم، وقويم إدراكهم،

---

(١) هذه اللمامة موجزة أشد الايجاز كتبناها تصديرا لهذا الكتاب ليكون الطالب القانوني على نوع من البينة بأدوار الفقه ويستطيع أن يدرك محتويات الكتاب، ولنترك التفصيل إلى درس تاريخ الفقه وأصوله في السنة الرابعة بكلية الحقوق المصرية.

أن قوانين تستمد من الدين ، ويظلها بظله ، تكون أمس بالوجدان ، وأمكن في الضمير ، وأقر في النفس ، يطيعها الناس لا بعصا السلطان ولا بقهر الحكام ، بل بصوت من القلب ، ورهبة من الديان ، ورغبة النعيم المقيم . فتكون الطاعة إرهافا للاحساس ، وإيقاظا للمشاعر ، وتنمية لنوازع الخير ، وتطهيرا للنفس من نوازع الشر ، ولا تكون الطاعة ضربا من ضروب المسكنة ، والخنوع المطلق من غير أن يمس الوجدان بما في القانون من داعيات الخير ، ومرامى الاصلاح ؛ إذ ينفذ على أنه إرادة الحاكم ، ورغبة السلطان ، وهما واجبا الطاعة من غير أى نظر وراء ذلك .

وإن جعل القوانين مستمدة من الدين من شأنه أن يقلل الفرار من أحكامها ، لأن الناس يستشعرون الخشية من الله ؛ إذ يحاولون الفرار ، ويحسون من داخل نفوسهم مراقبة الله ، إذا ضعفت مراقبة الإنسان .

وإن ربط القانون الإسلامى بالدين جعله مرتبطا كل الارتباط بقانون الأخلاق ، وبما تطابقت الجماعات الانسانية قاطبة على أنه فضائل ، فلا تنأى فروع هذا القانون ولا قواعده عن الأخلاق الكريمة ، فكانت الشريعة بحق أول قانون تلتقى فيه الشريعة بالأخلاق ، ويكونان صنوين متحدين متلاقيين ، ومن قبلها كان ذلك حلما الفلاسفة والمصلحين ، يحلمون به ، فان حاولوا تطبيقه ، أيقظتهم الحقيقة ، وأيئسهم الواقع المستقر .

وإن استمداد الفقه الاسلامى ينابيعه من الدين جعله شاملا فى سلطانه للراعى والرعية وجعل القانون مسيطراً على الحاكم والمحكوم ؛ فكان من حق الناس أن يقولوا للحكام أنتم مقيدون بأحكام الشريعة ، وأنتم مسئولون عن تنفيذها : وذلك فى أزمان كانت سلطة الحكام مطلقة بلا قيد يقيدها ، ولا نظام يضبطها ، فكانت الشريعة بارتباطها بالدين قيـــدا للحاكم ، وتهذيبا للمحكوم .

٢ — ومن أجل أن الشريعة تستمد سلطانها من الدين وجب ونحن نتقصى أدوارها، ونتتبع مدارجها أن نرجع إلى زمن الوحى، والرسول ينزل عليه هذا الدين الكريم؛ فأول دور من أدوار الفقه الاسلامى كان فى عصر الرسول صلى الله عليه وسلم، ولم يكن الفقه فى هذا الدور من عمل الناس، بل كان المرجع الرسول صلوات الله وسلامه عليه، يستفتونه فيما يعرض لهم من شئون، وما يلابسهم من أمور تتعلق بأسرهم، أو باجتماعهم، أو بمعاملاتهم، فيفتيهم بوحى من الله بقرآن ينزل، أو بوحى يوحى، أو باجتهاده عليه السلام ثم يقره الله تعالى، وإن كان خطأ نبهه الله إلى الصواب فيه[1]. ولم يكن من الناس فى عصر النبى صلى الله عليه وسلم اجتهاد إلا إذا كانوا بعيدين عنه، ويعرض لهم ما لا يجدونه فيما علموا من قرآن أو فتاوى الرسول، فيجتهدون، وإذا لقوه عليه السلام عرضوا عليه ما توصلوا إليه، فيقرهم إن كانوا مصيبين، ويبين لهم الحق إن كانوا مخطئين؛ ولذلك كان من الحق علينا أن نقول أن القانون الإسلامى فى عصر النبى صلى الله عليه وسلم كان يعتمد على القرآن الذى نزل على النبى صلى الله عليه وسلم، وعلى أقواله وفتاويه وأحكامه عليه السلام؛ ونتكلم فى كل من هذين القسمين كلمة.

٣ — **القرآن الكريم**: هو معجزة النبى صلى الله عليه وسلم الكبرى، نزل به الروح الأمين على النبى صلى الله عليه وسلم فى ثلاثة وعشرين عاما منجما، تنزل عليه الآية أو الآيات لما يناسبها من موضع لدعاية، أو مقام لهداية، أو أحداث اجتماعية، لتكون تلك الأحداث مبينة لمرماها، وليكون الناس على بينة من حكمة الشريعة فيها، وليكون المؤمنون أكثر إقبالا عليها، إذ تنزل وقت الحاجة إليها. وكثيراً ما كانت تنزل الآية بعد تكرار السؤال فى موضوعها، فيكون معناها متمكنا فى النفس فضل تمكن.

(١) كما فى مسألة أسرى بدر اذ قرر فداءهم باجتهاده مع الصحابة فنزل قوله تعالى «ما كان لنبى أن يكون له اسرى حتى يثخن فى الأرض» الآية.

وفى القرآن سور مكية، وأخرى مدنية، فالمكية ما نزلت بمكة، والمدنية ما نزلت بالمدينة، والسور المكية تتصدى فى أكثرها تتصدى له لبيان الأصول الأولى للاسلام فتبين العقيدة الإسلامية، وأساس الوحدانية، وتجادل المشركين، ثم تبين بعض العبادات التى تؤكد عقيدة التوحيد، وتثبتها فى القلوب، ولا تتصدى إلا قليلا لبيان الشرائع التى تنظم المدينة والأسرة، وتربط الجماعة الإنسانية بأواصر من المودة والرحمة. وحكمة ذلك جليلة واضحة، فإن المسلمين الأولين كانوا مستضعفين فى الأرض يسامون الخسف، ويلاقون الحتف، وهم يلاحون المشركين، ويناضلونهم بسهام من الحجج لإثبات التوحيد، وبطلان الشرك، وتنزيه النفس عن بوائق الجاهلية، وأدران الوثنية، ولم تكن قد تكونت منهم وحدة اجتماعية تستقل بشئون نفسها، ويشرع لها من النظم ما تسير عليه وتحكم به، حتى إذا هاجر النبى إلى المدينة، وكان من المسلمين جماعة مستقلة بأمورها لها وحدة جامعة، وشوكة وقوة نزلت الآيات القرآنية المنظمة لهذا الاجتماع، الرابطة بين آحاده فكانت لهذا السور المدنية مشتملة على الشرائع والأحكام، لتتكون بها من هذه الجماعة المدينة الفاضلة التى كانت أمنية المصلحين والمفكرين، لذلك نقول أن أكثر شرائع القرآن كانت بالمدينة، لأن أكثر آيات الأحكام نزل بالمدينة.

وليست التفرقة بين المكى والمدنى من سور القرآن الكريم معناها أنهما قسمان متقابلان أو نوعان متغايران، بل أنهما يكونان وحدة متلاقية متناسبة الأجزاء، وأن المكى أصل ينبنى عليه المدنى، أو المكى ابتداء، ونهايته المدنى، ولقد يقول الشاطبى فى موافقاته «إن المدنى من السور ينبغى أن يكون منزلا فى الفهم على المكى، وكذلك المكى بعضه مع بعض، والمدنى بعضه مع بعضه. والدليل على ذلك أن معنى الخطاب المدنى فى الغالب مبنى على المكى، كما أن المتأخر من كل واحد منهما مبنى على متقدمة. دل على ذلك

الاستقراء ، وذلك إنما يكون ببيان مجمل أو تخصيص عموم ، أو تقييد مطلق ، أو تكميل مالم يظهر تكميله »[1] . وكأن الشاطبي يرمي بهذا القول إلى تقرير حقيقة ثابتة ، وهي أن القرآن مترابط الأجزاء ، بعضه آخذ بحجز بعضه إلى غاية واحدة ، وهو متماسك بعروة واحدة ، هي اصلاح الناس في معاشهم ، وإقامة بنيانهم على دعامة من الفضيلة والرحمة وهو في هذا يسير سير التدرج ، والتنقل من المألوف إلى غيره ، ولا يسار إلى الثاني ، حتى تستأنس النفس به وتسكن إليه .

ولقد يبدو بادي الرأي أن القرآن الكريم غير متصل الأجزاء اتصالا منطقيا ، كما يبدو في الكتب التي يؤلفها الناس ، ولكن من المؤكد الذي لاريب فيه عند الذين يفقهون ما ينبغي للمصلح أن يسلكه أن القرآن مرتب مسلسل من الناحية الاجتماعية الاصلاحية ، فهو قد عالج نفوس العرب من شماسها ، وطب لها بما أخرجها عن شكاسها ، وكانت كافة الآيات تنزل في المناسبات مصلحة أو معالجة عندما يجدى العلاج ، وهي تعطي المدرك الأريب صورة المصلح كأنه الطبيب البارع ، يحمل المبضع عندما يشتد ألم القرحة ، ويهون بجراره ألم البضع[1] ، فالآيات القرآنية مترابطة من حيث إصلاحها تنزل الآية لإصلاح حال قد حان حينه ، وجاء إبانه ، وهي تسير في هذا بخطوات متلاحقة كل خطوة متممة لسابقتها ، وممهدة للاحقتها ، حتى إذا تم نزوله كملت الشريعة ، وكان بين يدي الناس وحدة كاملة فيها اصلاح للناس ، وفيها هداهم ، وفيها أصول لأكمل الشرائع ، ولقد صدق الله تعالى ، إذ يقول في آخر آية

---

(١) الموافقات الجزء الثالث ص ٢٤٥ .

(١) والمثال الحي لذلك آيات الخمر ، نبه أولا في رفق إلى إثمها . ثم نهى عن قربان الصلاة ، والشخص سكران ، حتى إذا أنسوا بالامتناع ، وأرهف احساسهم ، فأدركوا مساويها ، حتى لقد قال قائلهم اللهم بين لنا في الخمر بيانا شافيا نزل النهي القاطع « يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان الخ » .

نزلت : « اليوم أكملت لكم دينكم ، وأتممت عليكم نعمتى ، ورضيت لكم الإسلام دينا » .

وإن القارىء لفقه القرآن المتفهم له يلاحظ ثلاثة أمور واضحة بينة :

(أحدها) أن الآيات القرآنية التى تتعرض لبيان أمر شرعى واجب الاتباع لازم الأداء تقرن الحكم بالحكمة ، والأمر بما فى الإجابة من نفع للمطيع ومصلحة للناس ، فتحريم الخمر مثلا اقترن بحكمته ، وصاحبه بيان مغبة العصيان وغايته ، إذ يقول تعالت كلمته : « يا أيها الذين آمنوا ، إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان ، فاجتنبوه لعلكم تفلحون ؛ إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ، ويصدكم عن ذكر الله ، وعن الصلاة ، فهل أنتم منتهون » . ونرى أنه سبحانه وتعالى فى آية المداينة بعد أن طلب من المتداينين أن يكتبا ، وبين ما يجب أن يكون عند الكتابة ، يقول فى بيان الحكمة والغاية الصالحة : « ذلكم أقسط عند الله ، وأقوم للشهادة ، وأدنى ألا ترتابوا » وربما لا يكتفى فى بعض آى القرآن الحكيم بالحكمة والوصف المناسب للطلب أو المنع ، بل يضاف إلى ذلك الترهيب بعذاب الله ومقته ينزل بالعصاة الآثمين كما ترى فى النهى عن أكل أموال الناس إلا بالرضا ، فالله سبحانه وتعالى يقول : « يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ، ولا تقتلوا أنفسكم ، إن الله كان بكم رحيما ، ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف نصليه نارا ، وكان ذلك على الله يسيرا » . وكما ترى فى قوله تعالى فى تحريم الربا : « الذين يأكلون الربا ، لايقومون إلا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس ؛ ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا ، وأحل الله البيع ، وحرم الربا ؛ فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ، وأمره إلى الله ،

ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون . يمحق الله الربا ، ويربى الصدقات ، والله لا يحب كل كفار أثيم » إلى أن يقول تعالت آياته : « يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله ، وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين ، فان لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله . وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم ، لا تظلمون ولا تظلمون . وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » . وهكذا ترى اقتران الأمر القانونى بحكمته ، والترغيب عند الطاعة ، والترهيب بالعذاب فى اليوم الآخر عند المعصية . وما ذاك إلا لأن القرآن كتاب هداية عامة وإرشاد ، وتهذيب للنفس ، وتطهير لها من أدران الإثم والطغيان ؛ فلم يكن قانونا كالقوانين ، تحكم صياغته وسوط العذاب ، وغيابات السجن تتولى التنفيذ ، بل إنه قانون السماء ، وشرع الله يحمل فى نفسه ذرائع تنفيذه ، ويخاطب الوجدان ، فتمتنع النفس العصيان ، ويكون من الخشية والروعة والرهبة — رقباء على التنفيذ ، لا تعزب عن رقابتها شاردة ولا نازعة من شر ، وذلك لمن ذاق حلاوة القرآن ، وخالطت قلبه بشاشته ، ومازجت نفسه هدايته ، فهو قانون الله وحديثه للناس ، يرون فيه رياض الروح ، ونور الله ، ورهبة المنتقم الجبار ، ولقد صدق الله العظيم إذ يقول : « الله نزل أحسن الحديث كتابا متشابها مثانى تقشعر منه جلود الذين يخشون ربهم ، ثم تلين جلودهم وقلوبهم إلى ذكر الله ، ذلك هدى الله يهدى به من يشاء ، ومن يضلل الله فما له من هاد » .

(ثانيها) أن الآيات التى تتصدى لبيان الأحكام قليلة إن أضيفت إلى مجموع آى الكتاب الكريم فمجموع آى القرآن نحو ستة آلاف آية تصدى لبيان الأحكام منها نحو مائتين على خلاف فى بعض هذه الآيات من حيث دلالتها على الأحكام ، ويلاحظ أن تلك الآيات منثورة فى القرآن الكريم ، وليست مفصولة عن سائر آيه ، ولا تجتمع آيات الموضوع الواحد فى موضع واحد بل تتفرق ، فتجد الآيات المتعلقة باليتامى فى مواضع فى كتاب الله متفرقة تتباعد وتتقارب . ففى سورة البقرة ، وفى سورة النساء ، وفى سورة الأنعام ، وفى سورة الإسراء وغير ذلك . وأحيانا تجد أكثر الأحكام الخاصة

بموضوع فى موضع ، والقليل منه فى مواضع كأحكام النكاح تجد أكثر ما تعرض له القرآن فى سورة النساء والباقى متفرق فى سور مختلفة ، والميراث كذلك . والطلاق تجد أكثر أحكامه فى سورة البقرة ، حتى سماها سورة الطلاق الكبرى بعض الصحابة ، والقليل فى بعض سور أخرى ، وهكذا تجد الموضوع الواحد يبين حكمه القرآن الكريم فى عدة مواضع . وهنا يتساءل الباحث لماذا لم تجتمع أحكام الموضوع الواحد فى موضوع لا تعدوه ؟ والجواب عن ذلك القرآن ليس قانوناً مؤلفاً ذا مواد ، وليس كتابا علمياً مجزأ الأبواب متميز الفصول ، بل هو كتاب هداية وإرشاد ينحو فى أسلوبه وسياقه وتقسيمه منحى التأثير ، لا منحى التأليف . يخلط الموعظة الحسنة بالأمر الشرعى ، والترغيب والترهيب بالمنع والتحريم ، وما فيه مصلحة بنى الإنسان ببيان سلطان الله وجبروته ويخلط مافيه إقامة العدل والقسطاس المستقيم بالجزاء يوم الدين بالنعيم المقيم أو العذاب الأليم ، وإذا كانت الغاية من نسق القرآن هى التأثير فى النفس ، وجعل أحكامه تنساغ فيها من غير قوة خارجة عنه إلا لمن عاث فى الأرض فسادا — اقتضت حكمة الله ، وهو العليم الخبير أن يسير فى كتابه على نهج يحاكى خواطر النفوس ، وخلجات القلوب ، لا على نهج التأليف والتجميع الذى يأخذ البشر به أنفسهم فيما يؤلفون هذا وما كانت تنزل آيات الأحكام فى الموضوع الواحد دفعة واحدة ، بل كانت تنزل للمناسبات ، وعلى حساب ملابسات الاجتماع ، ليستدرجهم ربهم إلى أحكامه بما يألفون ، وبمقدار ما يطيقون ، فينزل من أحكام الموضوع ما يأنسون به ، حتى إذا تهذبت بالإيمان النفوس ، وأصبحت تألف ما لم تكن تألف نزل من الأحكام ما صاروا يستأنسون به بعد الاستيحاش . ولعل ذلك كان من أسباب عدم تجمع أحكام الموضوع الواحد فى موضع واحد .

(ثالثها) إن القرآن الكريم لم يبين الأحكام بالتفصيل ، بل ذكرها

بالإجمال ، وليس ذلك مقصوراً على بيان ما يتعلق بنظام المجتمع ، بل فيما يتعلق بالعبادات كذلك ، فقد أمر بالزكاة ، ولم يفصل أحكامها ، وأمر بالصلاة ولم يبين أركانها . وفى معاملات الناس ، وتنظيم اجتماعهم يتصدى للقضايا الكلية ، لا يفصل الفروع الجزئية فهو ينهى الناس عن أكل الأموال بالباطل من غير أن يبين أنواعه ، ويحصى فروعه ، ويجعل الرضا سبباً عاماً فى انتقال الأموال والحقوق من غير أن يعين ما يدخل فى عمومه ، ويأمر بالوفاء بالعقود والقيام بالتعهدات من غير أن يبين أنواعها وأقسامها ، ويأمر بالعدل من غير أن يبين ذرائع تحقيقه ، ويأمر بالشورى فى مثل قوله تعالى : « وأمرهم شورى بينهم » من غير أن يبين أساليبها ، وطرقها . وهكذا تجد القرآن فى تنظيم المجتمع ومعاملات الناس بين القواعد الكلية ، ولم يبين التفاصيل الجزئية ، وذلك لأن القرآن الكريم يخاطب بأحكامه المؤمنين به فى كل زمان ومكان ، والناس لا يكادون يختلفون فى القواعد الكلية التى يقوم عليها بنيان الاجتماع ، والتعامل بين الناس ، فالبيئات الاجتماعية والفكرية والطبيعية مهما تتخالف وتتباين بحسب الأماكن والأزمان ، والأجناس ، فلن يصل خلافها إلى القضايا الكلية ، بل لا يعدو الفروع والجزئيات ، من أجل هذا تصدى القرآن لبيان الكليات فقط ، فكان صالحاً لكل زمان ولكل مكان ، ولأن الكليات تشتق من الفطرة الإنسانية ، وتستقى من ينبوعها ، وفطرة الإنسان لا تؤثر فيها البيئات ، فجاء القرآن كاشفاً عن تلك الفطرة مبيناً لقضاياها فكان الاسلام بحق دين الفطرة : « فطرة الله التى فطر الناس عليها ، ذلك الدين القيم ، ولكن أكثر الناس لا يعلمون » ولأن القرآن الكريم لم يقصد فى بيان الأحكام إلا للكليات ، ولم يخص فى التفصيلات كانت آيات الأحكام مع قلتها ، شاملة جامعة ترجع إليها كل أحكام الشريعة وتفاصيلها . ولذلك عد القرآن الكريم الحجة الكبرى والمرجع الأول بل عده بعض الفقهاء المصدر الوحيد لهذه الشريعة الغراء ، وغيره من المصادر تفصيل

لمجمله ، أو توضيح له ، أو تخريج على أصوله ، أو استنباط لما فيه من حكم ومعان متشابهة ، فيجب الاستمساك به ، والرجوع إليه أولا . ولقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن هذا القرآن حبل الله ، وهو النور المبين والشفاء النافع ، عصمة لمن تمسك به ، ونجاة لمن تمسك به ، ونجاة لمن تبعه ، لا يعوج فيقوم ، ولا يزيغ فيستعتب ، ولا تنقضي عجائبه ، ولا يخلق على كثرة الرد » .

٥ — **السنة النبوية** : وهي المصدر الثاني للشريعة الغراء ، وقد كانت هي القطب الذي اعتمد المسلمون عليه في شرائعهم في حياة النبي صلى الله عليه وسلم ، فما كان المسلمون الأولون في عهده يرجعون فيما يشكل عليهم من أمورهم إلى الكتاب رأسا . بل كان النبي يبينه لهم ، ويوضح ما يخفى عليهم من أحكامه ، فالنبي كان المرجع في كل شيء ، في بيان القرآن ، وفي الفتيا فيما لم ينزل فيه قرآن وفي الأقضية بينهم . وكل ذلك بوحي يوحى أو باجتهاده الذي يقره الله عليه ، وبهذا الإقرار وعدم التنبيه على الخطأ يرتفع إلى منزلة الموحى به مادام في أمر يتصل بالشرع الشريف وحكم من أحكامه .

وكلمة السنة تطلق على أقوال النبي صلى الله عليه وسلم وأفعاله ، وتقريراته وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم يجب الأخذ بها والسير على مناهجها لأنها الحجة الثانية لهذا الدين وبهذا أمر القرآن الكريم ، فلقد قال تعالى : « من يطع الرسول فقد أطاع الله » . وقال : « فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم » وقال تعالى : « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » وقال عز من قائل « وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم . فان تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، ذلك خير وأحسن تأويلا » . وقال : « فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ، ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ، ويسلموا تسليما » . ولقد تنبأ صلى الله عليه وسلم بأن

سيجيء أقوام يتشادقون بأنهم لا يرجعون إلا إلى كتاب الله ، فقال : « يوشك رجل منكم متكئاً على أريكته يحدث بحديث عنى ، فيقول : بيننا وبينكم كتاب الله ، فما وجدناه فيه من حلال استحللناه ، وما وجدناه فيه من حرام حرمناه . ألا وإن ما حرم رسول الله (صلى الله عليه وسلم) مثل الذى حرم الله » .

٦ — كل هذا يدل على أن السنة النبوية حجة فى هذه الشريعة ، وكان عليها الاعتماد مع القرآن فى عصر النبي عليه السلام ، بل كانوا لا يعولون فى بيان القرآن إلا على ما يسمعونه منه صلى الله عليه وسلم كما أشرنا . ولكن هل كل ما ورد عن النبى عليه الصلاة والسلام وكل ما كان منه يراه المسلمون حجة يجب الاستمساك به ، ودينا يجب اعتناقه، وهدى يجب السير على نوره ، لأجل الإجابة عن هذا السؤال يجب التفرقة بين ما يفعله على أنه تبليغ لرسالة ربه ، وتبيين لأحكام شرعه ، وبين ما يفعله على أنه بشر ، وما يرتئيه على أنه شأن من شئون الحياة يتقارب علمه فيه مع علم الناس فأما الأول فهو الحجة الشرعية ، والمصدر الثانى للشرع الإسلامى سواء أكان مستندا إلى الوحى أم إلى اجتهاده النبى صلى الله عليه وسلم ؛ لأن اجتهاده صلى الله عليه وسلم بمنزلة الوحى ؛ إذ قد عصمه أن يتقرر رأيه على الخطأ ، واجتهاد النبى صلى الله عليه وسلم ليس مقصورا على الاستنباط من النصوص ، كما يظن ، بل أكثر ما يكون مما علمه ربه من مقاصد الشرع وقانونه ، فيبين بالاجتهاد تلك المقاصد المتلقاة بالوحى[1] .

وأما الثانى وهو ما يكون من النبى من أقوال وأفعال لا تتصل بالرسالة وتبليغ الشرع فليس رأيه فيه عليه السلام حجة فى الشرع ولا مصدرا من

---

(١) راجع حجة الله البالغة ، الجزء الأول ص ١٢٧ .

مصادره[1] ؛ لأن ما يكون حجة هو ما يفعله الرسول بوصف كونه رسولا ، أما فيما عدا ذلك فقد وردت الآثار عنه عليه السلام بأنه يقبل كلامه فيه الخطأ كما يقبله كلام سائر الناس . ولقد روى عليه السلام أنه قال « إنما انا بشر ، إذا أمرتكم بشيء من دينكم فخذوا به ، وإذا أمرتكم بشيء من رأى فإنما أنا بشر » ولقد أراد أن ينزل النبي صلى الله عليه وسلم منزلا للحرب ، فقيل له : إن كان بوحى فسمعا وطاعة ، وإن كان باجتهاد ورأى فليس منزل مكيدة ، فقال بل باجتهاد ورأى فرحل .

ومن القسم الثانى تحقيق النبي صلى الله عليه وسلم بين الخصوم ، وقضاؤه بينهم بمقتضى ذلك التحقيق ولكن يجب التنبيه إلى نقطة جوهرية فى هذا المقام قد غفل عنها بعض من تكلم فيه ، وهى أن القضاء من الرسول صلى الله عليه وسلم يشمل ناحيتين ناحية شرعية هو فيها ناطق بالشرع والناحية الثانية تعيين موقف الخصوم وتحقيق الحوادث التى يبنى عليها الحكم الجزئى ، من حيث معرفة أيهما المعتدى وأيهما المعتدى عليه ، وهو فى هذا يفكر ويرى على أنه بشر ، لأن الوحى لا ينزل إلا فيما هو عام للناس ولو كان سببه خاصاً ، فلا ينزل الحوادث جزئية لا يترتب عليها أمر عام ؛ ولذلك جاء الأثر مبيناً أن عمل النبي فى القضاء يقبل الخطأ من ناحية تحرى مواقف الخصوم ، وقوة احتجاجهم ، لا من ناحية الأصل الشرعى الذى قام عليه الحكم ، أو دل الحكم عليه ، ولذا يقول عليه السلام : « إنكم تختصمون إلى ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضى له على نحو ما أسمع . فمن قضيت له بحق أخيه ، فلا يأخذ منه شيئاً ، فإنما أقضى له قطعة من نار » . فقبول الخطأ إنما يرد على ما يتصل بصدق الخصوم أو كذبهم والبرهان عليه .

---

(١) وقد يقتدى به المؤمن تيمنا ومحبة وإجلالا ، واحياء لمآثره عليه السلام . فيكون ذلك دليلا على عظيم المحبة .

من حيث إنتاجه . أما مايدل عليه القضاء من أحكام شرعية فقضاء الرسول فيه حجة لاريب فيه[١] .

٧ — ويجب أن ننبه هنا إلى أن بعض الفقهاء يصرح بأن السنة راجعة فى معناها إلى الكتاب ، وأنها مبينة له ، وحامل مصباح هذا الرأى هو الشاطبى فى موافقاته ، فهو يقول : السنة راجعة فى معناها إلى الكتاب ؛ فهى تفصيل مجمله ، وبيان مشكله . وبسط مختصره ؛ وذلك لأنها بيان له ، وهو الذى دل عليه قوله تعالى : « وأنزلنا إليك الذكر ، لتبين للناس مانزل إليهم » فلا تجد فى السنة أمراً ، إلا والقرآن قد دل على معناه دلالة إجمالية أو تفصيلية . وأيضاً فكل مادل على أن القرآن هو كلية الشريعة ، وينبوع لها فهو دليل على ذلك . ولأن الله قال « وانك لعلى خلق عظيم » وفسرت عائشة ، ذلك بأن خلقه القرآن واقتصرت فى خلقه على ذلك ، فدل على أن قوله وفعله وإقراره راجع إلى القرآن ، لأن الخلق محصور فى هذه الأشياء ، ولأن الله جعل القرآن تبياناً لكل شىء ، فيلزم من ذلك أن تكون السنة حاصلة فيه فى الجملة ؛ لأن الأمر

(١) وهنا يرد على الخاطر سؤال كيف يجوز أن يخطىء النبي صلى عليه وسلم والوحى يتنزل عليه . أفما كان الأولى أن ينبه إلى الصواب قبل أن يقع فى الخطأ ، بدل أن يقع فيه ثم ينبه إليه كما فى مسألة أسرى بدر ، قبل الفداء ، ثم نبه إلى أنه خطأ والصواب القتل مادام لم يثخن فى الأرض ، ولم تكن الكلمة له فى انهاء الحرب ؟ والجواب عن ذلك أن ذلك ممكن ، ولكن الخبرة فيما كان ، وذلك لأن اجتهاد النبي صلى الله عليه وسلم ووقوع خطأ منه فى هذا الاجتهاد أحيانا فيه تربية للأمة من ناحيتين : الناحية الأولى إعطاؤهم مثلا صالحا للاجتهاد وفى ذلك تعليم ، فما كان من المعقول أن ينص على أحكام كل ما وقع ، وما سيقع ، فلا بد أن يمرنوا على أن يعرفوا أحكام ما يعرض من شئون ، وذلك بالاجتهاد ، فكان قدوتهم فيه . الناحية الثانية أن يعلم الناس أن الاعتماد على الفكر قد يقع معه الخطأ ، لكيلا يذهب بهم فرط حبهم لآرائهم إلى الاعتزاز بها ، ورفض كل شىء غيرها وامتلاء رءوسهم بتقديرها ، فيفرضوها على الناس فرضا ، فالنبي بخطئه كان مثالا حيا لهؤلاء دالا على دخول الخطأ فى تفكير الانسان فهذا أكمل البشر ، ومن يكلمه الله تخطىء ان اعتمد على عقله ، فأين منه هذا الانسان ؟ ان هذا ينزع الاغترار من قلب المؤمن برأيه مهما يكن علمه .

والنهى أول ما فى الكتاب . ومثله قوله تعالى : ما فرطنا فى الكتاب من شىء، وقوله « اليوم أكملت لكم دينكم » وهو يريد إنزال القرآن . فالسنة إذن فى محصول الأمر بيان لما فيه ؛ وذلك معنى كونها راجعة إليه، وأيضاً فالاستقراء دل على ذلك » وهذا نظر دقيق عميق محكم ، ولكن يجب ألا يفهم منه أنها لا تقبل إلا بعد عرضها على الكتاب لمعرفة أصلها ، فذلك فهم قد يجر إلى الإثم ؛ إذ قد يؤدى إلى هدم شطر الدين ، وإن حجيتها وكونها مصدرا للشرع الإسلامى قائماً بذاته ليس موضع ريب أو جدال إلا من قوم انقرضوا كما سنبين ذلك ، إنما موضع النظر هو اشتمال القرآن فى قضاياه الكلية عليها فذلك هو الذى يتكلم فيه الشاطبى ، وله فيه وجهة هو موليها .

٨ — قد بينا أن المسلمين فى عصر النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن الفقه والفتيا والقضاء لواحد منهم ، بل كان ذلك كله للرسول تبليغاً لرسالته، وتنظيما لجماعته ، ولكن أن ابتعدوا عنه فى حرب، أو أرسلهم معلمين لغيرهم ممن تناءت بهم الديار عن الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، فإن الفتيا والقضاء تكون لمن اختاره الرسول صلى الله عليه وسلم لذلك ممن يعلم فيه قوة الإدراك والفقه فى الدين ، ويكون لهذا أن يجتهد برأيه فيما لا يعلم فيه كتاباً ولا سنة . يروى أن النبى صلى الله عليه وسلم لما أرسل معاذ بن جبل إلى اليمن قاضياً لها من قبله قال له : بم تحكم؟ قال بكتاب الله . قال فإن لم تجد؟ قال : بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال فإن لم تجد ؟ قال اجتهد رأيى . فأقره النبى صلى الله عليه وسلم ، فدل هذا على أنهم كانوا يجتهدون فى عصره ، ولكن إذا كان بعيدين عنه، وليسوا بين ظهرانيه صلى الله عليه وسلم .

الفقه فى عصر الصحابة (من ١١ — ٤٠)

١٠ — بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم انساب المسلمون فى ملك كسرى وقيصر فاتحين ، لأن الملوك وقفوا مناجزين الإسلام مانعيه من أن ينشر بين رعاياهم ، مغلقين الأبواب دون المسلمين ، مقيمين الحصون المانعة دون وصول دعايتهم إلى الرعية ، فكان لابد لنشر الدعوة الإسلامية (وإنها لفرض لازم الأداء على الأمة) من أن تهدم الأسوار المانعة ، والأستار الحاجبة ، فكانت الحرب ، وكان الفتح ومن وراء الفتح الاندماج ، إما بعقد الذمة يعقدونه بينهم وبين المسلمين على أن يكون لهم ما لهم ، وعليهم ما عليهم ، وإما باعتناق الإسلام إن عمرت قلوبهم بالإيمان بما اشتمل عليه ، وطابت نفوسهم باعتناقه طائعين لا كارهين ، ومختارين لامضطرين فلا إكراه فى هذا الدين ؛ لذلك صار تحت حكم المسلمين أمم كانت ذات حضارات يمتد عرقها إلى أعرق العصر ، فكان تحت حكم المسلمين مصر وفارس وسوريا ، ثم شمال أفريقية . وماجت المدن الإسلامية الكبرى بأمشاج من الأمم ، ومرج فيها عناصر مختلفة الأقوام والأجناس . فكان لابد إذن من أن يجد فى شئون الاجتماع أحداث لم تكن فى عهد الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، ولابد أن تتشعب مناحى السياسة ، ومختلف ضروبها ويحتاج المسلمون إلى نظم وأحكام لم يكن فى عهد الرسول مايضطر إليها ، ويدفعهم إلى التفكير فيما يصلح لها ، وكان من الناس من الأفعال ما اقتضى أن يحدث لهم من الأقضية ما يوائم أحوالهم ويقيم العدالة بينهم .

لهذا كان لابد من اجتهاد الصحابة إذ لم يكن بينهم من يغنيهم عن الاجتهاد ، وهو الرسول عليه السلام . اجتهدوا فى تعرف تلك الأمور المعقدة التى تعرض لهم . وحكم الله فيها ، فلجئوا إلى كتاب الله يعرضون عليه قضاياهم ، فإن وجدوا فيه حكمها صريحاً نطقوا به ، وإن لم يجدوا فى الكتاب الحكم

واضحاً بيناً اتجهوا إلى المأثور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، واستشاروا ذاكرات أصحابه ليعلموا حكم النبي صلى الله عليه وسلم فى أمثال قضاياهم . فإن لم يكن من بينهم من يحفظ حديثاً اجتهدوا آراءهم ، وحكموا أفهامهم واتجهوا إلى ما يرونه العدل فى القضية ، ومثلهم فى ذلك مثل القاضى المقيد بنصوص قانون ، إذا لم يجد فى النص ما يحكم به فى قضية بين يديه طبق ما يراه عدلا ، وإنصافا .

وقد كان الصحابة يتواصون فيما بينهم فى الفتيا والقضاء وأحكام المسائل الاجتماعية والسياسية بالرجوع إلى كتاب الله تعالى فإن لم يجدوا رجعوا إلى سنة رسول الله عليه السلام ، فإن لم يعثروا على حديث محفوظ أو فعل مأثور أو تقرير لفعل فعله غير النبى فأقره عليه رجعوا إلى الرأى . فقد جاء فى كتاب عمر رضى الله عنه إلى أبى موسى الأشعرى فى القضاء « الفهم الفهم فيما تلجلج فى صدرك مما ليس فى كتاب ولا سنة ، اعرف الأشباه والأمثال ، وقس الأمور عند ذلك » وقد عرف ابن القيم الرأى على حد ما كان يفهمه الصحابة فقال : « خصوه بما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات »[1] .

ولقد يفهم من كتب أصول الفقه أن جمهور الفقهاء فهم من (الرأى) الذى كان يعول عليه الصحابة أنه القياس الاصطلاحى وهو إلحاق أمر غير منصوص على حكمه بأمر منصوص على حكمه لعلة جامعة بينهما كانت هى الباعث على الحكم المنصوص عليه كقياس كل مسكر غير الخمر عليها ، لأن علة الحكم وهى الإسكار ثابتة فى الخمر وغيرها من المسكرات التى كانت معروفة فى القديم ، والتى عرفت فى الحديث . ولكن تعريف ابن القيم

(١) راجع أعلام الموقعين الجزء الأول ص ٥٥ . والرأى بهذا المعنى يشمل القياس الفقهى ، ويشمل الاستحسان ويشمل المصالح المرسلة ، وبعبارة أعم يشمل كل ما يفتى به الفقيه غير معتمد على كتاب أو سنة أو إجماع متبع .

للرأى الذى كان الصحابة يأخذون به أشمل من هذا القياس الاصطلاحى والمتتبع لأقضيتهم وفتاويهم يرجح لديه كلام ابن القيم .

١١ — ويجب أن نقول إنهم فى أخذهم بالرأى لم يكونوا سواء فمنهم من تحفظ ، ولم يفت برأيه ، لأنه يخشى الكذب على الله ، وأن يحل ويحرم من غير علم ولا سلطان مبين من الشرع ، وبعضهم أخذ بالرأى تحرجا من التحديث خشية أن يكون فى تحديثه مالم يقله رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقد كان كثيرون منهم يمتنعون عن النقل عن رسول الله ؛ لهذا يروى أن عمران بن حصين كان يقول : « والله إن كنت لأرى أنى لو شئت لحدثت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يومين متتابعين ، ولكن أبطأنى عن ذلك أن رجالا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعوا كما سمعت ، وشهدوا كما شهدت ويتحدثون أحاديث ، ما هى كما يقولون ، وأخاف أن يشبه لى كما شبه لهم » . وقال أبو عمرو الشيبانى : « كنت أجلس إلى ابن مسعود حولا لا يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإذا قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم استقلته رعدة ، وقال هكذا ، أو نحو ذا ، أو قريب من ذا » . والحق أن الصحابة كانوا بين حرجين كلاهما فيه ضيق شديد فى نظرهم ، لأنهم يخشون التهجم على هذا الدين : الحرج الأول أن يكثروا من التحديث عن رسول الله عليه الصلاة والسلام لكى يعرفوا أحكام أكثر الأحداث ؛ وفى ذلك خشية الكذب عليه . والثانى أن يفتوا بآرائهم فيما لم يشتهر فيه أثر عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وفى ذلك تهجم على التحليل والتحريم بآرائهم ، فمنهم من اختار التحديث عن الرسول والوقوف عند الأثر ومنهم من اختار الرأى فيما لم يشتهر عن الرسول . فاختار هؤلاء أن يفتوا بآرائهم ، وخطؤها عليهم ومنسوب لهم من أن يتحدثوا عن رسول الله ، وقد يدفعهم التحديث إلى أن يشبه عليهم فيقولوا مالم يقل . ولقد قال عبد الله بن

مسعود ، وهو من شيوخ الرأى بعد أن أفتى فى مسألة : أقول هـذا برأيى ، فإن يكن صوابا فمن الله ، وإن يكن خطأ فمنى ومن الشيطان ، والله ورسوله منه برىء » وقد أفتى عمر فى مسألة فكتب كاتبه عقب الفتيا : هذا ما رأى الله ورأى عمر . فقال عمر بئسما قلت ، هذا رأى عمر ، فإن يك صوابا فمن الله ، وإن يك خطأ فمن عمر[1] .

وإن دل قول عمر وعبد الله بن مسعود ، وما يشبهه من الأقوال (وإنه لكثير) على شىء ، فهو يدل على أن هؤلاء العليه من الصحابة لا يرون أن تكون آراؤهم سننا متبعة ، ولا يريدون أن يجعلوها دينا يعتنق . بل لقد صرح بذلك عمر رضى الله عنه ، وهو من أجرأ الصحابة على الرأى ، فقد قال رضى الله عنه : « يأيها الناس ، إن الرأى كان من رسول الله صلى الله عليه وسلم مصيبا ، لأن الله كان يريه ، وإنما هو منا الظن والتكلف » ويقول رضى الله عنه : « السنة ماسنه الله ورسوله ، لا تجعلوا خطأ الرأى سنة للأمة » .

١٢ — من كل ماتقدم يتبين أن المصادر للفقه الإسلامى فى عهد الصحابة كانت ثلاثة : أولها الكتاب وهو عمدة الاستدلال فى هذه الشريعة الغراء . ثانيها السنة ، ولم تكن قد دونت ، بل كان الاعتماد فيها على ماوعته الرجال وحفظته صدورهم ، وكانوا يتحرون السنة عند نقلها ، فكان أبو بكر وعمر لا يقبلان حديثا إلا إذا شهد به اثنان ، فلا يكتفى براويه ، بل لابد من آخر يشهد معه بالسماع . وثالثها الرأى ويدخل فيه القياس الفقهى الذى أشرنا إليه آنفا .

---

(١) من هذا السياق يتبين أن الصحابه رضوان الله تعالى عليهم سلكوا مسلكين مسلك الأثر ، ومسلك الراى . ومنهم من غلب عليه الأول . وكثيرون منهم غلب عليهم الرأى وما كانوا كذلك إلا لينزهوا أنفسهم عن الكذب على الرسول . ولقد فهم بعض

ثم أن اجتهادهم وفتاويهم كانت أحيانا آحادية يسأل أحدهم عن حكم حادثة جزئية، فيفتي صاحبها، وأحيانا تكون في اجتماع، وذلك أكثر مايكون فيما يعرض للخلفاء من شئون. فإن الخلفاء الراشدين رضوان الله تعالى عليهم كانوا كلما جد في أمور الدولة أمر ذو بال جمعوا الصحابة واستشاروهم فيه، فيتبادلون الرأي. ثم ينتهون إلى أمر تقره جماعتهم، ولقد كان لعمر نوعان من الشورى، الشورى الخاصه، والشورى العامة، وشوراه الخاصة كانت تختص بعلية الصحابة، المهاجرين الأولين، والأنصار السابقين، وهؤلاء يستشيرهم في صغرى أمور الدولة وكبراها. وأما الشورى العامة فتكون لأهل المدينة أجمعين، وفي الأمر الخطير من أمور الدولة، يجمعهم في المسجد، وإذا ضاق بهم جمعهم خارج المدينة، وعرض الأمر الخطير ورأيه فيه[١]. ومن ذلك استشارتهم في أرض سواد العراق، فقد كان من رأي الغزاة قسمتها بينهم، ومن رأي عمر عدم قسمتها وأن تترك في أيدي أهلها فجمع الصحابة، وتناقشوا في ذلك، وتكرر اجتماعهم يومين أو ثلاثة[٢] وانتهى الرأي إلى موافقة عمر.

والرأي الذي يكون في اجتماع ويوافق عليه المجتمعون يكون بلا ريب أقوى من الرأي الآحادي، لأن ذلك يكون بعد تمحيص وتحقيق من المجتمعين، وهذا لا يكون إلا بتحقيق صاحبه وحده، ولذلك كان الرأي الجماعي هو الذي تسير عليه شئون الدولة. ولقد جاء الذين خلفوا الصحابة والتابعين من

كبار رجال القانون ان الأثريين من الصحابة والتابعين محافظون من اهل التمسك بالتقاليد. وان أهل الرأي مجددون غير متمسكين بالتقاليد، وذلك قول بعيد عن التحقيق، لأن كلا الفريقين متمسك بالدين والتقاليد الإسلامية، بيد أن قوما منهم توقفوا عن أن يفتوا بغير ماورد به نص من الشارع تنزيها لأنفسهم عن أن ينسبوا إلى الشارع ما هو من رأيهم، وهم أهل الحديث، وآخرون راوا ان يجتهدوا آراءهم تنزيها لأنفسهم عن أن يحدثوا عن رسول الله بغير ما قال، كما رأيت من عبد الله ابن مسعود وعمران بن حصين، فاجتهدوا آراءهم، وهي إن كانت خطأ منسوبة اليهم. فأين هذا من التجديد والمحافظة؟

المجتهدين وسموا ذلك الرأى الجماعى إجماعا، واعتبروه مصدرا رابعا من مصادر الفقه الإسلامى. لذلك نقول على طريقة هؤلاء الفقهاء أن المصادر الفقهية بعد ذلك كانت أربعة: الكتاب، والسنة، والرأى أو القياس، والإجماع.

١٣ — وإذا كان الصحابة يجتهدون فلابد أن يختلفوا، ولكنهم ينتهون إلى الإجماع إذا كان اجتهادهم جماعيا، وقد يستمر الاختلاف، ويؤثر عنهم إذا كان الاجتهاد آحاديا. وكانت تلك الاختلافات منشؤها واحد مما يأتى:

١ — اختلافهم فى فهم القرآن الكريم (ا) إما لاحتمال اللفظ أكثر من معنيين، كاختلافهم فى المراد من القرء فى قوله تعالى: «والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء» فقد فهم ابن مسعود وعمر رضى الله عنهما أن القرء الحيضة، وفهم زيد ابن ثابت أنه الطهر (ب) وإما لتعارض ظواهر النصوص، كاختلافهم فى عدة الوفاة للحامل، فقد قال على رضى الله عنه تعتد بأبعد الأجلين عملا بآية البقرة: «والذين يتوفون ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا». وآية الطلاق: «وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن» وقال عمر وابن مسعود تعتد بوضع الحمل عملا بآية الطلاق، لأنها متأخرة فى النزول عن آية البقرة.

٢ — اختلافهم بسبب رواية بعضهم لحديث لم يعرفه الآخرون، وإن ذلك له من الشواهد الشىء الكثير.

٣ — اختلافهم بسبب الرأى فإنه باب واسع، ولكل إنسان نظره،

---

(١) وكان سكان المدينة فى هذا يشبهون سكان أثينا، إذ كان كل شخص له رأى فى شئون الدولة، وأن لما فعله عمر أصلا عظيما فى الإسلام فقد أمر القرآن بالشورى. وجاء فى حديث علي رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال: «قلت يارسول الله الأمر ينزل بنا لم ينزل فيه قرآن، ولم تمض فيه منك سنة. قال اجمعوا العالمين او قال العابدين من المؤمنين، فاجعلوه شورى بينكم، ولاتقضوا فيه برأى واحد».

(٢) راجع كتاب الخراج لأبى يوسف ص ٣١ و٣٢

واتجاه فكره ، وقد يرى مالا يرى الآخر ، ويظهر أن كثرة الخلاف كان ذلك منشأها . وقد رويت مسائل كثيرة كانت تختلف فيها أنظارهم ، ومن ذلك اختلافهم فى توزيع التركة عند اجتماع الجد مع الأخوة ، فقد كان رأى أبى بكر أن الجد أولى بالتعصيب من الأخ . وأما عمر فقد توقف حتى سأل الصحابة . فأفتى زيد بن ثابت بأن يعطى نصيب أخ ، حتى يصير ثالث ثلاثة ، أى أنه أعطاه نصيب أخ بحيث لا يقل عن الثلث مما يخص العصبة . وأعطاه على نصيب أخ بحيث لا يقل عن السدس [١] .

ولقد كان اختلاف الصحابة فى الفروع رائده الاخلاص ، ولذا لم يكن بينهم تنازع فى الفقه ولا تعصب ، بل طلب للحقيقة وبحث عن الصواب من أية ناحية أخذ ، ومن أية جهة استبان . وإن ذلك الاختلاف كان فيه شحذ للأذهان ، واستخراج للأحكام من القرآن ، واستنباط قانون شرعى عام ، وإن لم يكن مسطورا . ويرى الشاطبى فى كتاب الاعتصام أن ذلك النوع من الاختلاف رحمة فقد جاء فيه : « روى عن القاسم بن محمد أنه قال لقد نفع الله باختلاف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العمل ، لا يعمل العامل بعلم رجل منهم إلا لأنه رأى أنه فى سعة . وعن ضمرة بن رجاء قال اجتمع عمر بن عبد العزيز ، والقاسم بن محمد فجعلا يتذاكران الحديث ، فجعل عمر يجىء بالشىء يخالف فيه القاسم والقاسم يشق عليه ذلك حتى تبين فيه ، فقال عمر لا تفعل ، فما يسرنى باختلافهم حمر النعم » . وروى ابن وهب عن القاسم أيضاً قال « لقد أعجبنى قول عمر بن عبد العزيز : « ما أحب أن أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم لا يختلفون ، لأنه لو كان قولا واحدا لكان الناس فى ضيق ، وأنهم أئمة يقتدى بهم ، فلو أخذ رجل بقول أحدهم لكان سنة . ومعنى هذا

---

(١) راجع أعلام الموقعين الجزء الأول ص ١٨٤ وكتاب تاريخ الجدل للمؤلف ص ١١٣ .

أنهم فتحوا للناس باب الاجتهاد، وجواز الاختلاف فيه لأنهم لو لم يفتحوه لكان المجتهدون في ضيق ... فوسع الله على الأمة بوجود الخلاف الفروعى فيهم فكان فتح باب للأمة للدخول في هذه الرحمة »[1].

ونحن لا نرى الخلاف في الفروع إلا ثمرات ناضجة لما بثه القرآن الكريم والسنة النبوية في نفوس الناس من البحث بعقولهم، وتدبير شئونهم بالشورى ومبادلة الرأى مستضيئين بسنة النبي صلى الله عليه وسلم ومستظلين بأحكام القرآن لايعدونها، ولا يتجاوزون هدايتها.

الفقه في عصر التابعين

(من أول عصر الدولة الأموية إلى قرب آخرها)

١٤ — لم تخرج المصادر الفقهية في عهد تلاميذ الصحابة، وهم التابعون عن مصادرها في عهد الصحابة، ولكن جدت أحداث أثرت في الاستنباط من حيث كثرة التفريع، وكثرة الخلاف، وشكله وقوته، وصحة الاستنباط، وإن لم تنقص المصادر أو تزدها.

فلقد انقسم المسلمون فيما بينهم في آخر عهد الصحابة وكل عصر التابعين، انقسموا إلى أحزاب وشيع، كل حزب بما لديهم فرحون، وكانت ريحهم بينهم شديدة، وبأسهم بينهم عنيفا، وسهل عليهم أن يترامَوا بألفاظ الكفر والفسوق والعصيان، وأن يتراشقوا بنبال الموت، وأن تشجر السيوف، وأن تطيح في هذه الفتن رءوس طائفة كبيرة من المسلمين. لقد انقسمت الأمة إلى خوارج وشيعة، وخالفهما جماهير من المسلمين، وكل لا يثق بما عند الآخر، ويكفره أو يفسقه. وكل يريد أن يحتج لنحلته، وينسبها للدين،

---

(١) راجع الاعتصام للشاطبي الجزء الرابع ص ١١ وتاريخ الجدل ص ١١٤.

وإن جافته ونافته . وفى كل نحلة فريق دخيل فى الاسلام أو لم يتغلغل نوره فى قلبه ، لا يهمه أن يقوم عمود الدين بمقدار ما يهمه أن تنتصر ملته القديمة، أو يعيش المسلمون فى ظلام هذه الفتن الطخياء ، ليطفئوا نور الله .

ولقد صاحب هذا أن قلت الحريجة الدينية ، فكثر التحديث عن رسول الله صلوات الله وسلامه عليه ، وقل التحرى ، ولم يكن ثمة رقيب من حاكم قاهر ، أو ضمير زاجر ، إلا من عصم الله ، فكثر الكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، واختلط الصادق بالمكذوب ،حتى تعسر التمييز . ولقد ذكر النووى بعض أسباب الكذب فقال رحمه الله ناقلا عن القاضى عياض فى الكاذبين على الرسول: «هم أنواع منهم من يضع مالم يقله أصلا إما استخفافا، كالزنادقة وأشباههم ممن لم يرج للدين وقارا ، وإما حسبة بزعمهم وتدينا كجهلة المتعبدين الذين وضعوا الأحاديث فى الفضائل والرغائب ، وإما إغرابا وسمعة كفسقة المحدثين ، وإما تعصبا واحتجاجا كدعاة المبتدعة ، ومتعصبى المذاهب ، وإما اتباعا لهوى أهل الدنيا فيما أرادوه ، وطلب العذر لهم فيما أتوه » . ولعل هذه الأسباب جميعها كانت متوافرة فى هذا العصر . فقد كثر الدخيل فى الدين كثرة اختلط معها الحابل بالنابل ، والبر بالفاجر ، والأتقياء بالأشقياء، وكانت بدع النحل المختلفة التى تحتج لمذاهبها ، ولا تجد حرجا يمنعها من أن تسند إلى الرسول مالم يقله ، لتصيب الفلج فى استدلالها أمام الناس . ومنهم من أكثروا من القصص الكاذب وأسندوه إلى الرسول ترغيبا وترهيبا ، وإن ذلك كان كثيرا . ثم الحكم كان استبداديا عضوضا ، فلا بد أن يكون ممن يدعى العلم من تملق الحكام غير مراع فقها ولا دينا ولقد قارن هذا أن دخلت طوائف كثيرة فى الاسلام من الأمم التى استولى عليها المسلمون، وسموا موالى . وكان من هؤلاء قوم أخلصوا فى دينهم ، وأسلموا وجوههم لله سبحانه وتعالى بل كان منهم من تتلمذوا للصحابة وخالطوهم ونقلوا علومهم ودينهم ، بل يقول

بعض المؤرخين أن أكثر فقهاء التابعين كانوا منهم . جاء فى معجم ياقوت « قال عبد الرحمن بن زيد بن أسلم : لما مات العبادلة عبدالله بن عباس ، وعبدالله بن عمر ، وعبدالله بن عمرو بن العاص صار الفقه فى جميع البلدان إلى الموالى ، فصار فقيه أهل مكة عطاء بن أبى رباح ، وفقيه أهل اليمن طاووس ، وفقيه أهل اليمامة يحيى بن كثير ، وفقيه أهل البصرة الحسن البصرى ، وفقيه أهل الكوفة النخعى ، وفقيه أهل الشام مكحول ، وفقيه أهل خراسان عطاء الخرسانى إلا المدينة ، فإن الله خصها بقرشى ، فكان فقيه أهل المدينة غير مدافع سعيد بن المسيب [1] » . ولقد كان تلقى هؤلاء للفقه ، وتتلمذهم للصحابة ، وجلهم ينتمون إلى أمم ذات حضارات ، ولا بد أن يكون فى رءوسهم صورها وعلم بتاريخها وأنظمتها — سببا فى أن تشعب الاستنباط فى الفقه ، وكثر التفريع فيه . على ماسنشير إليه فى موضعه .

---

(١) راجع فجر الإسلام للأستاذ احمد أمين ، ولقد جاء فى العقد الفريد مايقارب هذا فقد جاء فيه : « قال ابن أبى ليلى قال لى عيسى بن موسى ، وكان ديانا شديد العصبية : من كان فقيه العراق ؟ قلت الحسن بن أبى الحسن . قال ثم من ؟ قلت محمد بن سيرين ، قال فما هما؟ قلت موليان ، قال فمن كان فقيه مكة ؟ قلت عطاء بن أبى رباح ، ومجاهد ، وسعيد بن جبير ، وسليمان بن يسار قال فما هؤلاء ؟ قلت موال . قال فمن فقهاء المدينة ؟ قلت زيد بن أسلم ، ومحمد بن المنكدر ، ونافع بن أبى نجيح . قال فما هؤلاء ؟ قلت موال . فتغير لونه ، ثم قال فمن أفقه أهل قباء ؟ قلت ربيعة الرأى ، وابن أبى الزناد ، قال فما كانا ؟ قلت من الموالى ، فاربد وجهه ، ثم قال فمن فقيه اليمن ؟ قلت طاووس وابنه ، وابن منبه . قال فما هؤلاء ؟ قلت من الموالى ، فانتفخت أوداجه ، وانتصب قاعداً قال فمن كان فقيه خراسان ؟ قلت عطاء ابن عبدالله الخراسانى . قال فما كان عطاء هذا ؟ قلت مولى ، فازداد وجهه تربداً ، واسود اسوداداً ، حتى خفته ثم قال فمن كان فقيه الشام ؟ قلت مكحول قال فما كان مكحول هذا؟ قلت مولى ، فتنفس الصعداء . ثم قال فمن كان فقيه الكوفة ؟ فوالله لولا خوفه لقلت الحكم ابن عتبه وعمار بن أبى سليمان ، ولكن رأيت فيه الشر ، فقلت إبراهيم النخعى والشعبى . قال فما كانا ؟ قلت عربيان ، فقال الله أكبر وسكن جأشه » راجع تاريخ الجدل ص ٣٥٦

ولقد أضيف إلى العوامل السابقة أن الفقهاء لم يكونوا فى بقعة واحدة كما كانوا فى عصر الصحابة ، فقد كانت المدينة عش الصحابة من أهل الفقه فى الدين ، وأهل المعرفة واليقين ؛ لأن سنة عمر كانت تقضى باحتجازهم داخل ربوع الحجاز لايعدوه كبراؤهم ، ولا يتجاوز الحرتين عظماء المهاجرين والأنصار ، أما فى عصر التابعين فقد كان لكل عصر فقهاؤه على نحو ماعلمت مما نقلناه لك . وإن تفرق الفقهاء فى الأمصار مدعاة لاختلافهم وتشعب أنظارهم ؛ إذ كل يفتى بما يرى من غير أن يلاقى أخاه ، ويناقشه الرأى ، ويساجله الفكر . وكل مأخوذ بعرف اقليمه ، والمسائل التى ابتلى بها أهل ذلك الإقليم ، لذلك كان ثمة ألوان مختلفة من الفكر الفقهى ، وكل يتحرى فيما يفتى به الالتماس من الدين والقرب منه ، وصلاح الناس ، وما هو أشد مواءمة لحالهم ، وإتفاقا مع بيئاتهم .

١٥ — ولقد نجم عن الجرأة على التحديث وكثرة الكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم أن فكر عمر بن عبد العزيز فى تدوين السنة ، وأشار بتدوينها ، ودراستها وتحرى الصادق من المكذوب على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كما نجم عن كثرة الكذب هذه الكثرة أن اشتد كثيرون من الفقهاء فى الأخذ بالرأى ، وساعد على ذلك أن كثر الفقهاء من الموالى ، كما كثرت المنازع العقلية ، وابتدأت الفرق تفكر فى العقائد تفكيراً فلسفياً ، ثم صارت مواطن الاجتهاد هى الأماكن التى كانت مهداً لحضارات ومدنيات وعلوم ، وفيها إثارتها والاجتهاد بالرأى والقياس هو الذى يتفق مع هذه النظريات العلمية .

وكما كان فقهاء يكثرون من الاجتهاد بآرائهم إلى درجة الإفراط ، وجد فقهاء يتعصبون للسنة ويشتدون فى اتهام القياسيين أو الرأيين بالتحليل والتحريم من غير هدى ولا سلطان مبين ، وكان الخلاف بين أهل الحديث

وأهل الرأى لايدور على الاستدلال بالسنة فى ذاتها ، ولكن على الاعتماد على الرأى عندما لا تصح السنة فى نظر المجتهد ، فأهل الحديث يتوقفون ، ولايفتون آخذين بظاهر قوله تعالى : « ولا تقف ماليس لك به علم » ، وأهل الرأى يجتهدون لأن الصحابة سلكوا هذا المسلك ، وأقر النبى صلى الله عليه وسلم معاذاً عليه ، ولأن الشريعة معقولة المعنى ومبنية على أصول محكمة فهمت من الكتاب أو السنة . وهم لا يكتفون بالاجتهاد بآرائهم فيما لانص فيه من كتاب أو سنة ، بل قد يحكمون بضعف بعض ما ينسب إلى النبى صلى الله عليه وسلم بضعف فى سنده ، أو شذوذ فى متنه ، فيظن خصومهم أنهم يرفضون الحديث مع صحته ، والحق أنه لم يصح عندهم . وكان أكثر أهل الحديث يقيمون بالحجاز ، وأكثر أهل الرأى بالعراق ، وإنما كان أكثر العراقيين أهل رأى ؛ لأن عبدالله بن مسعود كان شيخهم ويقيم به ، وهو ممن يتحرجون فى التحديث عن الرسول ، ولا يتحرج فى الاجتهاد برأيه ، وهو منسوب إليه إن كان خطأ ، وبتوفيق الله إن كان صواباً ، ولأن أكثر رواة الحديث كانوا بالحجاز ، ولأن بالعراق فلسفة وعلوماً ، وكانت به مدارس قديمة لليونانية والعلوم الفارسية وأن من يتأثرون بهذه التعاليم يلائمهم الاجتهاد بالرأى ويفشو فيهم .

وقد امتاز المحدثون بأنهم لايفتون إلا فيما يقع من الأمور ، وفيما فيه نص . أما أهل الرأى فلا يفتون فى استنباط أحكام لما يقع ، بل يضعون ضوابط كلية ، ويفرعون عليها فروعا جزئية فما يقع منها يعطونه حكمه ، ومالا يقع يفرضونه ويعطونه من الأحكام مايتفق مع ضوابطهم وقواعدهم وقد شاع فيهم عند مناقشاتهم أن يقولوا فى فروضهم أرأيت لو كان كذا . حتى سماهم خصومهم الأرأيتيين . وقد قال الشعبى ، وهو من أهل الحديث ينصح متفقها : « احفظ عنى ثلاثا : إذا سألت عن مسألة ، فأجبت فيها ،

فلا تتبع مسألتك (أرأيت) فإن الله قال فى كتابه : « أرأيت من اتخذ إلهه هواه » والثانية إذا سئلت عن مسألة فلا تقس شيئاً بشىء ، فربما حرمت حلالا ، أو حللت حراماً . والثالثة إذا سئلت عما لا تعلم ، فقل لا أعلم[1] » ولقد قال الشعبى أيضاً : « والله لقد بغض هؤلاء القوم إلى المسجد ، فهو أبغض إلى من كناسة دارى ، قيل ومن هم يا أبا عامر قال الأرأيتيون » .

هذا ويلاحظ أن الفقه لم يدون لا فى عصر الصحابة ولا فى عصر التابعين ، بل إن السنة لم يبتدىء تدوينها إلا فى آخر عصر التابعين .

الفقه فى عصر الأئمة

(من أول القرن الثانى الهجرى إلى منتصف القرن الرابع)

١٦ — امتازت تلك الحقبة من الزمان(١) بقيام الحضارة الإسلامية ، واستغلاظ سوقها ونموها واتساع نطاقها ، وسعة عمرانها ، (٢) كما امتازت بكثرة العلوم العقلية والنقلية ، وتدوين العلوم العربية الخالصة ووضع ضوابط لها ، فالنحو قد دون ، وعلم الكلام قد اتسع أفقه ، وترجمت كتب اليونان ودرست فلسفتهم ، واستبحر المسلمون فى الدراسات الفلسفية عامة (٣) ولقد كان بجوار ذلك أن تم تدوين السنة واتسعت دراستها ، وتحرى صادق إسنادها من مردوده ، والعناية بمعرفة صحيحها من ضعيف النسبة إليه عليه السلام . ولقد وضعت قوانين وأسس لروايتها ، حتى يتميز المقبول من المكذوب .

ولقد اتسع بسبب كل هذا الأفق الفقهى من ناحيتين : أولاهما أن الاستنباط لم يكن مقصوراً على تعرف أحكام الجزئيات ، بل كان فيها وفى الضوابط التى يدخل فى عمومها جزئيات الأحكام الشرعية ، وكانت

---

(١) راجع الموافقات للشاطبى ، وتاريخ الجدل ص ٤ ٢ .

المناقشات بين الفقهاء تقوم على تلك الأسس، كما تقوم في الفروع. وثانيهما أنهم أخذوا يضعون أصولا لصناعة الاستنباط، وكيف تفهم الأحكام من كتاب الله، والسنة، فوضعوا قوانين للألفاظ ودلالتها وغير ذلك. ولقد توج هـذا العصر بوجود رجال امتازوا باجتهاد في كل أبواب الفقه واستنبطوا أحكاما لكل باب من أبوابه، وتدارسوا ذلك مع تلاميذهم، فتكونت بذلك مذاهب لهم، كان لها ذلك المدى البعيد في أفق الحضارة الإنسانية إلى يومنا هذا.

١٧ — والآن نشير إلى أكبر المسائل التي أخذت عنايتهم، وكان مجال نظرهم، ولا نحاول أن نحصى كل عناصر استنباطهم، وبحثهم وخلافهم؛ لأن ذلك لاتتسع له الأسفار الضخام، ولانستطيع أن نشير إلى جزئيات، ولكننا ننظر إلى ماجد من بحث حول المصادر الأربعة التي نوهنا عنها فيما مضى، وهي الكتاب والسنة، والرأي أو القياس، والإجماع. فننظر فيما جد من خلاف حولها. وما مدى قوة الاحتجاج بها.

(ا) أما الكتاب فلم يختلف أحد في احجيته وكونه المصدر الأول للشريعة، لأن من ناقش في ذلك وأنكره فقد خرج عن نطاق الإسلام. ولكن كان الجدل حول دلالات الألفاظ، وبعض مسائل أصولية كوقوع النسخ فيه وعدم وقوعه، وكتخصيص عمومه. وكالمحكم والمتشابه فيه، وغير ذلك من المسائل التي لا تمس أصل الاحتجاج به والاستنباط منه، ولكن تتصل بطريق الاستنباط ومداه وعلاقته بالسنة.

(ب) أما السنة فقد كانت كثرة الكذب على رسول الله صلى الله عليه وسلم في العصر السابق مع طول العهد سبباً في صعوبة معرفة الصادق من غير الصادق منها، فوضعت أصول وقواعد لذلك، ودونت السنة وظهرت المسندات وصحاح السنة، وما قام به الأعلام الذين جمعوا بين الفقه والحديث

من جهود مأثورة ومشكورة . ولكن مع ذلك نبتت فى هذا العصر فكرة رفض الاحتجاج بالسنة عند بعض الناس ما لم تكن بياناً لقرآن . ويظهر أن هذا الفريق من شذاذ التفكير طوته لجة التاريخ واندثر لعدم استحقاقه للبقاء ، ولولا أن الشافعى ذكره فى الأم فى مناظرات قامت بينه وبينهم ما علم بهم أحد. ولعل هؤلاء كانوا من المعتزلة . فقد رأينا فى كتاب تأويل مختلف الحديث أنهم كانوا يجتهدون فى الفقه ،ورأينا أن الأم يذكر أن بعض أهل البصرة هم رافضو الاحتجاج بالسنة . والبصرة عش الاعتزال [١] .

والعلماء قد اتفقوا على أن السنة هى الأصل الثانى لمعرفة أحكام هذا الدين ، ولكنهم اختلفوا فى ذلك العصر فى أوصاف الأحاديث التى تصلح حجة فى الاستنباط ، وكان ذلك مثار خلاف متسع ، ونقاش كبير دون أكثره فى أصول الفقه ، فليرجع إليه .

(ج) أما الرأى والقياس [٢] ، فقد اشتد النقاش حولهما أولا ، وقام كل فريق يدلى بحجته ، واستمر العراق موطن الرأى كما كان الحجاز موطن الحديث . وقد قال الأستاذ الخضرى بك رحمه الله: « إن مبدأ اتخاذ القياس أصلا فى التشريع قد انتصر فى هـذا الدور انتصاراً عظيما ، وإن لم يكن الفقهاء على درجة واحدة فى استعماله فى الاستنباط ، فأبعدهم أثراً وأرسخهم قدماً فيه الحنفية ، وأقلهم نفوذاً فيه الحنابلة والمالكية ، والشافعية بين

---

(١) راجع تاريخ التشريع الإسلامى للأستاذ المرحوم الخضرى بك . وتاريخ الجدل للمؤلف رقم ٣١١ .

(٢) القياس إلحاق أمر غير منصوص على حكمه بآخر منصوص على حكمه لاشتراكهما فى علة الحكم. والرأى يشمل هذا القياس ، ويشمل الاستحسان، وهو مخالفة القواعد الفقهية لسبب آخر أوجبت المخالفة . ولذا يسمى القياس الخفى ، ويشمل المصالح المرسلة ، وهى الإفتاء بما فيه مصلحة غير منهى عنها فى حال عدم وجود نص .

الفريقين ، وابتعد عنه بعض أهل الحديث والشيعة ، وغلا الظاهرية في رفضه » .

ولكن الفارق لم يستمر طويلا بين أهل الرأى وأهل الحديث. فإن الطبقة التي جاءت بعد الأئمة أصحاب المذاهب وتلاميذهم قد تلاقوا مهما يختلف أساتذتهم ، فالإمام محمد من أصحاب أبي حنيفة يرحل إلى الحجاز ويدرس موطأ مالك ، والشافعي يتلقى عن محمد بن الحسن فقه أهل الرأى . وأبو يوسف نفسه يؤيد آراء كثيرين من أهل الرأى بالأحاديث ، ولذا نجد كتب الفقه المختلفة مملوءة بالرأى والحديث معاً مما يدل على تلاقيهما وإن اختلف الفقهاء كثرة وقلة في الأخذ بأحدهما دون الآخر .

(د) أما الإجماع فقد رأى قوم من الفقهاء أن إجماع العلماء على أمر من الأمور في عصر من العصور يوجب اتباع الأعقاب له ، لأن من لم يتبعهم يسير في غير سبيل المؤمنين ، ورأى آخرون أن الإجماع ليس بحجة ، بل لم يتصوروا وجوده ، وكان الشافعي يقول : إن الإجماع حجة ، ولكنه إذا ناظر واحتج عليه به في مسألة أنكر وجوده فيها ، ولم يعرف أنه اعترف بوجوده في مسألة مما نوقش فيه ، وقال الإمام أحمد من ادعى الإجماع فهو كاذب .

١٧ — في كل ما سبق وفي غيره كان يجرى البحث والاجتهاد والاستنباط . ثم الاختلاف العلمى الحر ، وقد كانت التركة الفقهية المثرية الخصبة النضرة الباقية على طول الحقب وامتداد العصر ثمرة لذلك كله . هذا ويلاحظ في هذا العصر عدة ملاحظات نجمل بعضها فيما يلي :

الملاحظة الأولى : أن الآراء الفقهية دونت ، فلم يكن الفقه آراء تلقى ، وينتفع بها فقط من ألقيت إليه ثم من استحفظها عن يهمه استحفاظها ،

بل فى هذا العصر . كان التدوين بكل معناه ، فقدونوا آراءهم بل دونوا آراء من سبقوهم ، وجمعوها « فالعراقيون جمعوا فتاوى ابن مسعود ، وقضايا على وفتاواه ، وقضايا شريح وغيره من قضاة الكوفة . وجمع فقهاء المدينة فتاوى عبد الله بن عمر وعائشة وابن عباس »(١) .

والمذاهب جمعت ودون بعض المجتهدين آراؤه بإملائه كالشافعى فى الأم . وبعضهم رواها تلاميذه كما فعل الإمام محمد فى روايته آراء أبى حنيفة وأصحابه فى كتب ظاهر الرواية ، وهكذا أصبح الفقه مسطوراً فى بطون الكتب . يجىء الخلف فيرى عمل السلف مدوناً منشوراً بين الناس ، فيبنى عليه من غير عناء فى البحث عن الحفاظ والرواة ، وإن وجد لا يأمن التزيد وأن يشبه على الراوى فى روايته .

الملاحظة الثانية : أن المذاهب تميزت ، وآراء المجتهدين قد تكونت موحدة مجمعة ، فصار لكل إمام مذهب وطريقة ووحدة تجمعه ، وله تلاميذ يتلقون عنه طريقته ، ويقتبسون من تفكيره ويسلكون مسلكه ، ولهم الحرية التامة فى اعتناق مايرون من آرائه أو رفضها ، فهم يتبعونه فى الطريقة ويجمعهم معه المنحى فى الاستنباط ، ولكن قد يرون مالا يرى ، ويصلون فى اجتهادهم إلى غير ما وصل كحال تلاميذ أبى حنيفة معه ، تجمعهم وحدة الأصول ، وتفرقهم أحياناً كثرة الآراء فى الفروع ، فمهما يكن من أمر الاختلاف بين أصحاب المذهب الواحد ، فقد كان كل مذهب له أصول عامة يسير عليه صاحبه وتلاميذه .

الملاحظة الثالثة : أن الدولة لم تجعل لها فى ذلك العصر قانوناً مسطوراً مدوناً ، بل لم تختر مذهباً من المذاهب تعمل به ، وتسير على منهاجه ، وتأخذ الرعية بما فيه من أحكام ، بل ترك الأمر إلى رأى القاضى واجتهاده ، فلم يكن لهم من قانون مقيد ملزم إلا الكتاب والسنة ، وفيما وراء ذلك فالقاضى رأيه

---

(١) ضحى الإسلام الجزء الثانى ص ١٧١ .

واجتهاده ، وطريقة استنباطه ، ولقد أشار عبد الله بن المقفع على أبي جعفر المنصور أن يوحد مايقضى به بين الناس فى قانون يدونه ، ويختاره من أقوال المجتهدين فى هذا العصر بعد تمحيص ، فقد جاء فى رسالة الصحابة مانصه : « فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسنن المختلفة ، فترفع إليه فى كتاب ، ويرفع معها مايحتج به كل قوم من سنة أو قياس ، ثم نظر أمير المؤمنين فى ذلك ، وأمضى فى كل قضية رأيه الذى يلهمه الله ، ويعزم له عليه ، وينهى عن القضاء بخلافه ، وكتب بذلك كتاباً جامعاً عزما لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكما واحداً صواباً ، ورجونا أن يكون اجتماع السير قربة لاجتماع الأمر برأى أمير المؤمنين وعلى لسانه »(١) .

ولقد هم بالفعل أبو جعفر أن يختار آراء مالك قانوناً لدولته ، ولكن مالكا رضى الله عنه نهاه عن ذلك قائلا : « ياأمير المؤمنين لاتفعل ، قد سبقت إليهم أقاويل ، وسمعوا أحاديث ، ورووا روايات ، وأخذ كل قوم بما سبق إليهم فدع الناس وما اختار أهل كل بلد منهم لأنفسهم » ، ولقد جاء الرشيد من بعد المنصور ، فحاول أن يحمل الناس على جاء فى موطأ مالك ، وشاوره فى أن يعلقه فى الكعبة ويحمل الناس على مافيه ، فاعترض مالك أيضاً ، وقال : « لاتفعل فإن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفوا فى الفروع ، وتفرقوا فى البلدان ، وكل مصيب » . عندئذ ماتت الفكرة أو خمدت ولم يذكر التاريخ أنها قامت فى مدى هذا الدور من أدوار الاجتهاد .

الملاحظة الرابعة : كان الاجتهاد فى هذا الدور حراً طليقاً ، لم تغلق أبوابه ولم يكن ثمة تقليد إلا من العامة يقلدون من يستفتونه . أما الفقهاء فكانوا فى

---

(١) رسالة الصحابة فى ضمن رسائل البلغاء التى جمعها الأستاذ كرد على ، وجمهرة رسائل العرب الجزء الثالث للأستاذ صفوت .

حرية يظلها القرآن الكريم ، وتنيرها السنة النبوية ، ويهديها المأثور عن الصحابة والتابعين إلى محجة الصواب .

بيد أنه فى آخر ذلك العصر قد ابتدأت ريح التقليد ، ولكن لم تعم ، ولذلك يحق للباحث أن يقول إن العصر كله كان عصر اجتهاد طليق فى ظل الكتاب والسنة .

والآن نقول كلمة موجزة أشد الإيجاز فى كل إمام من الأئمة الأربعة .

١ — أبو حنيفة (٨٠ — ١٥٠)

اسمه النعمان وكنيته أبو حنيفة وأبوه ثابت ، فارسى . وقيل إن ثابتاً هذا قد استرق لبنى تيم ؛ ولذا قيل أبو حنيفة التيمى ؛ لأن أباه من مواليهم ، ويستبعد المتعصبون له أن يكون قد جرى الرق على أبى حنيفة أو أبيه ، ويحكمون بأنه حر من أبناء الأحرار فى فارس لم يجر رق فى نسبه قط . وإن صح الرق على أبيه أو عليه فليس ذلك بضائره لأنه ما علا بنسب أو حسب ، ولكن بعلم وفضل وتقى ، وإنه لجليل خالد الذكر بعيد الأثر ، مهما يكن أبوه . ولقد ثبت عند أكثر المؤرخين أنه ولد فى العام المتمم للثمانين بعد الهجرة فى عهد عبد الملك بن مروان وعاش الجزء الأكبر من حياته فى عصر الأمويين ، فأدرك تلك الدولة فى عزها وعنفوانها وطغيان بعض ولاتها ، وقسوتها وشدتها على آل البيت وكان فيه كأبناء قبيلة تشيع لهم ؛ ثم أدرك اضطراب الأمور عليها ، وقص الأرض من أطرافها ، واستيلاء بنى العباس ، فسهرت تلك الأحداث نفسه وأنضجتها تلك التجارب ، وإنه لمرهف الحس قوى الإدراك ، سريع اللحظ . لقد ولد ونشأ بالكوفة ، وفى العراق علم وفلسفة وحكمة ، واتجه فى أولى حياته إلى علم الكلام يجتاز سهوله وأحزانه ، ثم تحول إلى علم الفقه ؛ بعد أن شدا ونما فيه ، وقيل إن له

مؤلفاً فيه سماه الفقه الأكبر . وقد روى عنه تلميذه زفر بن الهذيل أنه قال : « كنت أنظر فى الكلام ، حتى بلغت فيه مبلغاً يشار إلى فيه بالأصابع » ويروى عنه أنه قال : « كنت قد نازعت طبقات الخوارج من الإباضية والصفرية وغيرهم . . وكنت أعد الكلام أفضل العلوم ، ثم علمت أنه لو كان فيه خير لتعاطاه السلف الصالح فهجرته » هجره إلى الفقه ، فأخصب فيه ، وقد تلقى الفقه على حماد بن أبى سليمان الأشعرى فقيه الكوفة ، ولازمه . وحماد هذا كان شيخ مدرسة الرأى ، ومن انتهى إليه علمها ، فتخرج عليه أبو حنيفة ووجد الرأى يوائم ماعنده من نزعة منطقية فكرية ، فسار فيه حتى صار شيخ هذه المدرسة ، ومن انتهت إليه علومها فى الفقه ، ولقد تلقى أبو حنيفة مع تلقيه عن شيخه حماد عن كثيرين سواه ، جلهم من أهل الرأى والقياس .

ومع اتجاه أبى حنيفة للفقه ، ونباهة أمره فيه وعلو شأنه كان يأكل من تجارة الخز ، وقد أفاد من ذلك علماً كثيراً بالصفق فى الأسواق ، وعرف التجار فى عصره ، وكان ذا ثروة عظيمة ، وعاش فكهاً فى حياته إلى أن مات فى حبس المنصور سنة ١٥٠ .

لقد عرض على أبى حنيفة القضاء مرتين فامتنع وعذب فيهما . وانتهى عذابه فى الثانية بالموت فى محبسه . عرض عليه أول مرة فى عهد بنى أمية فرفض فعذب لهذا الرفض ولتشيع لآل البيت عرف به . وعرضه عليه المنصور فرفضه وكرر الرفض بعد تهديده قائلا : « لو هددتنى أن تغرقنى فى الفرات أو أن ألىّ الحكم لاخترت أن أغرق . فلك حاشية يحتاجون إلى من يكرمهم لك ، فلا أصلح لذلك » غير أنه يظهر أنه اتخذ الرفض دليلا على تشيعه ، فقد اشتهر عنه التشيع لآل علىّ . يروى أنه كان يذكر ذلك فى دروسه . ويجهر به حتى قال له تلميذه زفر بن الهذيل « والله ما أنت بمنته حتى توضع الحبال فى أعناقنا » .

وطريقة أبي حنيفة في الاجتهاد تتلخص في جمل رويت عنه، فقد قال عن نفسه « إني آخذ بكتاب الله إذا وجدته، فما لم أجده فيه أخذت بسنة رسول الله ﷺ والآثار الصحاح عنه التي فشت في أيدي الثقات ، فإذا لم أجد في سنة رسول الله ﷺ أخذت بقول أصحابه من شئت وأدع قول من شئت ، ثم لا أخرج من قولهم إلى قول غيرهم ، فإذا انتهى الأمر إلى إبراهيم ، والشعبي ، والحسن ، وابن سيرين ، وسعيد بن المسيب . . . فلي أن أجتهد كما اجتهدوا » .

ولقد مات أبو حنيفة بعد أن ترك آراءه في صدور تلاميذه فقاموا عليها خير قيام ، ورعوها حق رعايتها ثم ورثوها من بعدهم ودونوها في الكتب .

١٨ — وتلاميذه كثيرون نذكر منهم ثلاثة لأن كتب الفقه الحنفي تذكرهم دائماً . وهم أبو يوسف ، ومحمد ، وزفر[١] .

أما أبو يوسف (١١٣ — ١٨٣) : وهو يعقوب بن إبراهيم وجده الأكبر من الأنصار ، فهو عربي وقد نشأ فقيراً ، فكان أبو حنيفة يمده بالمال ، وقد لازمه وأخذ عنه ، وكان أحب تلاميذه إليه . ولقد ولي القضاء للمهدي وللهادي وللرشيد ، وكان ذا حظوة عند الرشيد ، وقد كان أول من رحل إلى أهل الحديث من أصحاب أبي حنيفة . وقد أفاد منه المذهب فوائد كثيرة ، فقد ابتدأ بتدوينه ، ودوّن كثيراً منه ، وأيده بالسنة بعد أن اتصل بالمحدثين ونشر المذهب بماله من جاه القضاء ، وصقل المذهب صقلا قضائياً . ولم يتفق مع أبي حنيفة في كثير من المسائل ، ورأيه أنضج الآراء فيما يتعلق بالأقضية .

ومحمد : هو ابن الحسن الشيباني ، وهو من الموالي ، ونسبته إلى بني شيبان بالولاء ولد سنة ١٣٢ وتوفي سنة ١٨٩ ، تتلمذ لأبي حنيفة في آخر حياته ، ولم

---

(١) إذا ذكرت كتب الفقه كلمة الشيخين فالمراد أبو حنيفة وأبو يوسف ، وإذا ذكرت كلمة الصاحبين فالمراد أبو يوسف ومحمد ، وإذا ذكرت كلمة الطرفين فالمراد أبو حنيفة ومحمد ، وإذا ذكرت كلمة أئمتنا الثلاثة فالمراد أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ، وزفر يذكر باسمه دائماً .

يلازمه طويلا ؛ لأن أباحنيفة مات وهو فى الثامنة عشرة من عمره. وقد أخذ فقه العراقيين، وتلاقى بالمحدثين، وكان فيه ذكاء وفطنة. وله أثر فى فقه أبى حنيفة لأنه هو الذى دونه فى كتبه. ومن أشهرها كتبه الستة وهى المبسوط، والزيادات، والجامع الصغير، والسير الصغير، والجامع الكبير، والسير الكبير، وفيها رويت آراء أبى حنيفة ودون مذهبه، وتسمى هذه الكتب ظاهر الرواية.

وزفر: هو زفر بن الهذيل (١١٠ — ١٥٨)، وكان أمهر أصحاب أبى حنيفة فى القياس، وأشدهم أخذاً بطريقته، ولم يتلق عن أهل الحديث كالصاحبين. ويروى عن المزنى وهو من أصحاب الشافعى أنه جاءه رجل فسأله عن فقهاء العراق قال: ما تقول فى أبى حنيفة؟ قال: سيدهم، قال فأبو يوسف؟ قال أتبعهم للحديث. قال فمحمد؟ قال أكثرهم تفريعاً. قال فزفر؟ قال أحدهم قياساً.

٢ مالك (٩٣ - ١٧٩)

١٩ — هذا هو إمام دار الهجرة مالك بن أنس، عربى، ينتهى إلى قبيلة يمنية، ولد بالمدينة، وعاش بها ولم يرحل عنها إلى غيرها من البلدان. تلقى الفقه على كبار التابعين وتابعيهم بالمدينة، فأخذ عن نافع مولى عبد الله بن عمر، وعن ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بربيعة الرأى وغيرهما. وقد أخذ أكثر دروسه عن أهل الحديث، وتلقى على أهل الرأى، فأخذ عن ربيعة الرأى كما ترى. ولما شهد له شيوخه بالحديث والفقه جلس لرواية الحديث والإفتاء. فكان من جهة راوية للحديث وحافظاً متصدراً فيه، وكان من جهة أخرى فقيهاً مستنبطاً، ولقد روى عنه الحديث كثيرون من العلماء. منهم أبو يوسف صاحب أبى حنيفة، ومحمد بن إدريس الشافعى، وتخرج عليه فى الفتيا والاستنباط مجتهدون أجلاء. ولقد كان مجلس علمه مجلس وقار ومهابة. قال الواقدى وغيره: «كان مجلس مالك مجلس وقار وحلم، وكان رجلا مهيباً نبيلا، ليس فى مجلسه شىء من المراء واللغط، ولا رفع صوت. إذا سئل عن شىء فأجاب سائله لم يقل له من

أين رأيت هذا »[١] .

ولقد أنزل ولاة بنى العباس بذلك الإمام الجليل محنة شديدة ، فقد ضربه والى المنصور بالسياط . وقد اتفقت الروايات على إيذائه ، واختلفت فى سببه ، فقيل إنه كان لايرى يمين المكره وأن من حلف مكرهاً فلا يمين له . وكان يروى الحديث « وليس على مستكره طلاق » ، فقيل لبنى العباس إن هذا يستتبع أن من بايع مكرهاً فله التحلل من بيعتهم بهذا الحديث . فنهى عن التحديث به . فحدث به على رؤوس الأشهاد ، وروى أن السبب أنه سئل عن البغاة الخارجين على الخلفاء ، أيجوز قتالهم ، فقال : إن خرجوا على مثل عمر ابن عبد العزيز . فقال السائل فإن لم يكن مثله . فقال دعهم ينتقم الله من ظالم بظالم ، ثم ينتقم من كليهما » . ومهما يكن من أمر هذا الخلاف فمن المؤكد أن السبب رأى له قدار تآه أو وشاية نمام أثيم . ولقد نتج عنه أن مالكا ضرب بالسياط . ومدت يده . حتى انخلعت كتفه . قالوا فما زال مالك بعد هذا الضرب فى رفعة من الناس . وعلو من أمره . حتى كأنما كانت تلك السياط حلياً حلى بها [٢] .

٢٠ — وطريقة مالك فى الاستنباط أن يأخذ من الكتاب ثم من السنة ، وكان لايشدد فيشترط للأخذ بالحديث أن يكون مشهوراً كما كان يفعل أبو حنيفة ، بل كان يأخذ بالسنة وإن لم تكن مشهورة ، ولكنه مع ذلك شديد التحرى عن صدق الراوى ، ولقد كان يقول : « لايؤخذ العلم من أربعة ، ويؤخذ من سواهم : لايؤخذ من سفيه ، ولا يؤخذ من صاحب هوى يدعو إلى بدعته ، ولا من كذاب يكذب فى أحاديث الناس ، وإن كان لايتهم على حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا من شيخ له فضل وصلاح وعبادة إذا كان لا يعرف ما يحمل وما يحدث به »[٣] .

---

(١) راجع تاريخ التشريع الإسلامى للأستاذ المرحوم محمد بك الخضرى .
(٢) راجع ضحى الإسلام الجزء الثانى ص ٢٠٧ . والانتقاء لابن عبد البر ص ٤٣ .
(٣) ضحى الإسلام الجزء الثانى ص ٢١١ والانتقاء لابن عبد البر ص ١٦

وقد كان يأخذ بالقياس ، ولكن بقدر قليل . وقد اشتهر عنه الأخذ بأمرين : (أحدهما) عمل أهل المدينة ، فكان ما عليه عمل أهل المدينة يجب الأخذ به عند مالك رضى الله عنه ما دام أساس هذا العمل النقل لا الاجتهاد، وقد كان يقول « إن الناس تبع لأهل المدينة التى إليها كانت الهجرة، وبها نزل القرآن » ، فإن اتفق أهل المدينة على أمر قدم على القياس ، بل على الحديث الصحيح وإن كان العمل عليه أكثرهم قدم على القياس وعلى خبر الواحد .

(ثانيهما) الأخذ بالمصالح المرسلة، وهى المصالح التى لم يشهد لها من الشرع بالبطلان أو الاعتبار دليل، فإنه يأخذ بها إذا لم يكن ثمة نص فى موضع النزاع[1] . وقد فتح ذلك الأصل باباً متسعاً لحرية الاستنباط ، فكان مذهب مالك مع أنه فى جملته من المذاهب التى تتمسك بالأثر قبل كل شىء من أوسع المذاهب وأرحبها ، وأقبلها للنمو ، ومسايرة الأزمان ، بسبب الأخذ بأصل المصالح المرسلة .

٣ — الشافعى (١٥٠ — ٢٠٤)

٣١ — هو أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعى ينتهى فى نسبه إلى عبد المطلب جد النبى صلى الله عليه وسلم فهو عربى قرشى ، وقد ولد بغزة ورحلت به أمه وهو ابن سنتين إلى مكة ، وفيها ترعرع ونما ، وتفصح فى بنى الهذيل بالبادية . وأخذ يتصل فى مكة برجال الفتيا والحديث ، ثم رحل إلى المدينة ، ولازم مالكا رضى الله عنه ، وقرأ عليه الموطأ ، واستمر ملازماً له حتى مات .

ولقد ولى بعض الأعمال باليمن ، ثم اتهم بالتشيع لآل علىّ ، ولكن نفى هذه التهمة عن نفسه أمام الرشيد ، فبرأ ساحته وقد التقى بعدئذ بمحمد بن الحسن الشيبانى وأخذ عنه فقه العراق واطلع على كتبهم ، ثم أخذ فى التطواف فى الأقاليم ، حتى ألقى عصا التسيار ببغداد سنة ١٩٥ وفيها دون مذهبه الأول . وكان ثمرة لدراسته طريقة أهل الحديث بالحجاز ، ولطريقة العراقيين ، ولتجاربه فى

---

١) سنبين المصالح المرسلة بعض التبيين فى الكلام فى العقود .

الولاية والتطواف فى الأقاليم واطلاعه على معاملات الناس المختلفة، ثم سافر إلى مصر، وفيها انفتق ذهنه إلى أمور لم يرها أولا، فأنشأ مذهبه الثانى، وفى هذا المذهب اختلفت عن الأول نتيجة الاجتهاد قليلا وكثيراً فى مسائل كثيرة. وفى الحق إن مذهبه قد جمع خير ماعند أهل الحديث من طرق الاستنباط، وأوسط مافى مذهب أهل الرأى. ولقد قال الفخر الرازى: «إن الناس كانوا قبل الشافعى فريقين: أصحاب الحديث، وأصحاب الرأى. أما أصحاب الحديث، فكانوا عاجزين عن المناظرة والمجادلة، عاجزين عن تزييف طريق أهل الرأى، فما كان يحصل بسببهم قوة فى الدين، ونصرة الكتاب والسنة. وأما أصحاب الرأى، فكان سعيهم وجهدهم مصروفاً إلى تقرير مااستنبطوه برأيهم، ورتبوه بفكرهم ... فجاء الشافعى، وكان عارفاً بالنصوص من القرآن والأخبار، وكان عارفاً بأصول الفقه وشرائط الاستدلال .. وكان قوياً فى المناظرة والجدل.. فرجع عن قول أصحاب الرأى أكثر أنصارهم وأتباعهم».

٢٢ — وطريقة الشافعى فى الاستنباط مدونة فى رسالته فى الأصول «يحتج بظواهر القرآن حتى يقوم الدليل على أن المراد بها غير ظاهرها، وبعد ذلك السنة، ويأخذ برواية الواحد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مادام ثقة ضابطاً، ويأخذ كالإمامين السابقين بالإجماع، ويرفض الأخذ بالمصالح المرسلة، والاستحسان، ولا يأخذ من أبواب الرأى إلا بالقياس. وقد دافع عن آرائه بفصاحة ولباقة وحضور بديهة وقوة مِرّة فى الجدل والمناظرة.

٤ — أحمد بن حنبل (١٦٤ - ٢٤١)

٢٣ — هذا هو الإمام الرابع أحمد بن حنبل الشيبانى. نشأ ببغداد وعاش بها، وتلقى العلم عن أهل الحديث، ودارس الشافعى، ولقد قال فيه: «خرجت

---

(١) ضحى الإسلام الجزء الثانى ص ٢٢٧.

من بغداد ، فما خلفت فيها رجلا أفضل ولا أعلم، ولا أفقه من أحمد بن حنبل».
ولقد كان أحمد زاهداً ورعاً تقياً. نزلت به محنة استمرت طويلا ،فهو ممن امتنعوا من أن يقولوا إن القرآن مخلوق فى عهد المأمون ، فقيد وسيق فى الأصفاد إلى المأمون،ولما مات المأمون لم ينقطع بلاء أحمد بل استمر البلاء به ومزق جسمه بالسياط ، وهو راض غير مستهين بعقيدته ،واستمر فى الحبس ثمانية وعشرين شهراً،حتى يئسوا منه ، وعلموا أنه لا يجيب دعاءهم، ويؤثر بالإجابة دعاء النفس والوجدان وما يراه واجب الاعتقاد وجزءاً من الإيمان ، فأطلق سراحه ، فعاد إلى ما كان عليه من الإفتاء والتحديث إلى أن مات المعتصم، ولما آل الأمر للواثق سار على سنة أبيه وعمه فى هذه المسألة،وأنزل المحنة بمن لا يراها ، ولكنه لم يرد أن ينزل بأحمد أكثر مما نزل به،فقال لا تجمعن إليك أحداً،ولا تساكنى فى بلد أنا فيه .فأقام الإمام أحمد مختفياً لا يخرج إلى صلاة ولا غيرها،حتى مات الواثق[(١)] .

والإمام أحمد يعده كثيرون من العلماء محدثاً ولا يعدونه فقيهاً ، فابن جرير الطبرى يقول فيه : « إنه رجل حديث لا رجل فقه » .

وفى الحقيقة أن فقهه يبنى على الحديث ، فإذا وجد حديثاً صحيحاً أفتى به، وإذا وجد فتوى صحابى عمل بها ، وإذا وجد فتاوى للصحابة تخير أقربها إلى الكتاب والسنة. وإذا صحت عنده روايتان مختلفتان فى أمر من فتاوى الصحابة يروى عن أحمد روايتان أيضاً فى الفقه ، ولا يأخذ بالقياس إلا فى الضرورة القصوى، ويرجح عليه الحديث ، ولو كان ضعيفاً . وكان يكره الفتيا فيما ليس فيه أثر[(٢)] .

---

(١) تاريخ الجدل للمؤلف ص ٢٧٢ .

(٢) ضحى الإسلام الجزء الثانى ص ٢٣٥ .

الفقه فى دور التقليد

(من منتصف القرن الرابع إلى الآن)

٢٤ — كان الناس فى العصور السابقة قسمين: أحدهما المجتهدون الذين يطلبون الشريعة من أصولها وثانيهما المقلدون الذين يأتون أهل العلم فيسألونهم عن الحكم فى الأمر الذى يعرض لهم . أما فى هذا العصر الذى نؤرخ للفقه فيه ، فقد استولت عليهم روح التقليد ، وأصبح الفقيه من يعرف ما استنبطه غيره لا من يستنبط الأحكام من مصادرها ، وشاع تقليد أصحاب المذاهب السابقة حتى لقد قال أبو الحسن الكرخى ، وهو من الحنفية : « كل آية تخالف ما عليه أصحابنا فهى مؤولة أو منسوخة ، وكل حديث كذلك فهو مؤول أو منسوخ »[1] . ولم يعرف أن أحداً أقدم على فتح باب الاجتهاد الحر بعد أن أحكموا تغليقه إلا الإمام الجوينى والد إمام الحرمين وعدداً قليلا من العلماء اجتهدوا فى بعض المسائل كابن تيمية وابن القيم .

ولماذا غلقت أبواب الاجتهاد أمام العقول ، وقد كانت مفتحة ، وكزت العقول فى محيط التقليد الضيق وقد كانت فى ساحة الاجتهاد المتسعة الأرجاء؟ السبب فى ذلك عدة أمور منها :

(١) تعصب التلاميذ لآثار أساتذتهم من الأئمة المجتهدين الذين أناروا العصر السابق ، وكشفوا ظلمات المسائل بنور عقلهم الساطع ، وإن التعصب لفكرة يحمل الإنسان على الجمود عليها ، والتعلق بأهدابها ، ودعوة الناس إليها وتحبيذها ، وكذلك فعل أولئك الذين جاءوا بعد الأئمة السابقين ، فقد عنوا بدراسة مذاهبهم، ونشرها بدل السير على منوالها ، والاجتهاد كما اجتهد أصحابها ، فوثق الناس بالسابقين وشكوا فى أنفسهم .

---

(١) تاريخ التشريع للمرحوم الأستاذ الخضرى بك .

(٢) القضاء : فقد كان الخلفاء يختارون القضاة أول الأمر من المجتهدين لا من المقلدين ، ولكنهم فى تلك العصور آثروا اختيارهم من المقلدين ليقيدوهم بمذهب معين ، وليعينوا لهم ما يحكمون على أساسه ، بحيث يكونون معزولين عن كل قضاء يخالف ذلك المذهب ، ولأن بعض القضاة المجتهدين كان يتعرض لتخطئته الفقهاء فيكون حكمه مثار نقد عند الناس ، لا سبب اطمئنان لهم ، وحكم القضاة يجب أن يكون داعية اطمئنان ، لا داعية انتقاد ، ليطمئن الناس على أموالهم ودمائهم وأعراضهم ، وكان تقييد القاضى بمذهب يرتضيه الخليفة سبباً فى نشر هذا المذهب ، واكتفاء أكثر الناس به .

(٣) سعى الحكام المستبدين لتغليق باب الاجتهاد ، لأنهم وجدوا فى استمراره مفتوحاً ماقد ينقض من أمرهم ، لأن العقول إذا اتجهت بحرية إلى مافى الدين من حقائق ، ونهلوا من ينابيعه ، وجدت من أصوله ما ينقض دعائم يبنيها الظالمون ، ويؤسس قواعدها الغاشمون .

(٤) تدوين المذاهب : فتدوينها سهل على الناس تناولها ، والناس دائماً يطلبون السهل اليسير ، دون الصعب العسير ، ولقد كان يدفع الناس إلى الاجتهاد فى العصور السابقة تعرف أحكام حوادث لا يعرفون حكمها ، وشئون عرضت لا يدركون أمر الشريعة فى شأنها ، فلما جاء المجتهدون فى الأدوار السابقة ، ودوّنوا أحكام الحوادث التى عرضت والتى يحتمل عروضها صار الناس كلما عرضت لهم مسألة وجدوا السابقين قد تعرضوا لها ، فاكتفوا بمقالهم فى شأنها ، فسدت حاجتهم بما وجدوا ، فلا حافز يحفزهم إلى بحث جديد . وساعد على ذلك ما للأقدمين من تقدير وما يكسبهم مضى الزمن من إجلال ، وما يكون من عناية الأمم بتكريم سلفها الصالح ليرتبط حاضرها بماضيها برباط متين .

لهذا كله انصرف الناس إلى التقليد ، اللهم فى تعرف علل الأحكام فى

المذهب ، أو ترجيح بعض الآراء فى المذهب على غيرها . ويسمى من أوتى القدرة على ذلك وأجيز له المجتهد فى المذهب .

ويصح لنا أن نختم الموضوع بكلمة للحق والضمير ، وهى أن الأئمة روى عن أكثرهم نهى عن تقليدهم من غير اقتناع بأدلتهم ، فأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان : « لا يحل لأحد أن يقول قولنا من غير أن يعلم من أين قلناه » . ويقول الشافعى « مثل الذى يطلب العلم بلا حجة كمثل حاطب ليل يحمل حزمة حطب ، وفيها أفعى تلدغه وهو لا يدرى » . ويقول ابن حنبل « لا تقلد فى دينك أحداً »[1] . والله أعلم بالصواب .

---

(١) أعلام الموقعين الجزء الثانى ص ١٤٩

الكتاب الأول

فى الأموال والملكية

المال

١ — المال فى اللغة كل ما ملكته من جميع الأشياء . فكل ما يقبل الملك فهو مال سواء أكان عينا أم منفعة . وقال ابن الأثير فى النهاية : « المال فى الأصل ما يملك من الذهب والفضة ، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان ، وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل ، لأنها كانت أكثر أموالهم .

والمال فى اصطلاح الفقهاء قريب منه فى اللغة ، وقد اختلفت عباراتهم فى تعريفه ، ولكنها فى اختلافها تتقارب فى مرادها ، ولا تتباعد فى مفهومها ، فقد عرفه بعضهم بأنه ما يميل إليه الطبع ، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة[١] . وفى هذا التعريف ميزة أنه ربط بين معنى المال فى الشرع واشتقاقه اللغوى ، وفيه نقص لأنه غير جامع لكل أفراد المال ، فمن المال ما لا يمكن ادخاره مع بقاء منفعته كما هى ، فهذا النوع من المال لا يدخل فى عموم هذا التعريف مع إجماع كل الفقهاء على أنه مال له قيمة ويجرى فيه التعامل ، ومن ذلك أصناف من البقول أو الخضر ونحوها . وأيضاً فمن الأموال مالا يميل إليه الطبع ، بل يعافه وينفيه ويبعده كبعض الأدوية والسموم فإنها أموال ، والتعريف بظاهره لا يشملها ولا تدخل فى عمومه ، إلا إذا تأولنا ميل الطبع إلى الشىء بأنه الميل لإدخاره وتموله ، وفى الحق أن كلمة يميل الطبع إليه غير محدودة وغير معينة المراد ، ويجوز أن تذكر فى سياق بيان تناسب بين لفظ المال وأصله فى الاشتقاق ، ولا تساق لتعيين معنى فقهى .

وعرفه بعضهم بأنه ما يجرى فيه البذل والمنع[٢] ، وهذا التعريف مع

---

(١) راجع البحر الجزء الخامس ، والمجلة العدلية الجزء الأول .

(٢) راجع الدرر والدر المختار وحاشيته رد المحتار الجزء الخامس .

إيجازه أعم من الأول وأكثر شمولا ، ولكنه يشمل المنافع ، وفى اعتبار المنافع من الأموال نظر وخلاف يستبينان فيما بعد .

وأحسن تعريف فى نظرى ما نقله صاحب البحر عن الحاوى ، وهو أن المال اسم لغير الآدمى خلق لمصالح الآدمى ، وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار ، وهذا التعريف كامل صحيح ، وإن كان فيه نقص فهو أنه لم يشمل الإنسان المسترق ، وهو نقص فيه كمال ، لأن الإنسان لا يعتبر مالا فى أصله ، والمالية أمر عارض للعبيد ، ويحسن رفعها ما استطاع الإنسان إلى ذلك سبيلا ، وهذا أمر مقرر فى الإسلام .

ومهما يكن من اختلاف بين هذه التعريفات فغايتها واحدة ، واختلافها ليس ناشئاً عن اختلاف آراء قائليها ، بل هو اختلاف عبارات بين الوضوح والغموض والشمول وعدمه ، والمراد عند الجميع واحد ، ولا يبتعد عن التعريف اللغوى للمال ، وذلك لأن الكتاب الكريم والسنة الشريفة جاءت فيها كلمة المال ، وترك للناس فهمها بما يعرفون ويألفون ، وأطلقت على ما كانوا يجرون فى معاملاتهم ، ولم يرد عن صاحب الشرع بيان خاص للمال حتى يكون عرفاً إسلامياً له ، كما ورد فى الصلاة والصوم والنكاح وغيرهما ، فكانت فى فهمها على ما عليه العرب ، فإذا قرأ العربى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : « كل المسلم على المسلم حرام : دمه ، وماله ، وعرضه » فهم المراد من المال بالطريق الذى يفهم به كلمة العرض وكلمة النفس من غير رجوع إلى اصطلاح خاص .

٣ — والشارع الإسلامى لا يعتبر كل مال صالحاً للانتفاع مباح الاقتناء والاستعمال والاستغلال ، بل من الأموال ما لا يباح الانتفاع به المسلم ولا يجوز له اقتناؤه وادخاره ، ومنها الخمر والخنزير ، فإن المسلم غير مباح له الانتفاع بهما ، وملكيته لهما ملكية غير محترمة ، لا غرم على من أتلفهما فى يده ، ويسمى هذا النوع من المال مالا غير متقوم ، لأن الشارع

لا يعترف له بقيمة ، إذ لا يبيح الانتفاع به فى حال السعة والاختيار ، ولا يبيح الانتفاع إلا فى حال الاضطرار ، كمن لا يجد ماء ، وهو فى حال ظمأ شديد يخشى معه هلاكه ، ووجد خمراً ساغ له أن يشرب منها غير طالب لها راغب فيها ، وغير مجاوز حد الضرورة وما تدفع به .

ويسمى النوع الذى يباح الانتفاع به مالا متقوماً ؛ لأن الشارع اعترف بقيمته الذاتية ، وأباح الانتفاع به بكل طرائق الانتفاع ، وهو محترم مصون ، من تعدى عليه غرم ، وألزم بقيمته أو مثله على حسب الأحوال ، وقد نقل ابن نجيم فى بحره عن الكشف الكبير جملة موجزة توضح العلاقة بين التقوم والمالية ، فقال . « وفى الكشف الكبير . . . « المالية إنما تثبت بتمول الناس كافة أو بتمول البعض ، والتقوم يثبت بها ، وبإباحة الانتفاع به شرعاً ، فما يكون مباح الانتفاع بدون تمول الناس لا يكون مالا كحبة حنطة ، وما يكون مالا بين النـــاس ، ولا يكون مباح الانتفاع لا يكون متقوماً كالخمر ، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم » .

وترى من هذا أن المالية تلازم التقوم ، فحيثما كان تقوم فلابد أن تصحبه مالية . وقد تكون المالية من غير أن يثبت تقوم ، ويكون حينئذ مالا غير متقوم لا يعترف الشرع له بقيمة ذاتية ، ولا يضفى عليه قيمة شرعية ، وإن شئت فقل إن المال غير المتقوم مال فى عرف مستحليه ، ولكنه غير مال فى نظر الشرع ، لأنه سلب احترام المـال ، وسلب القيمـة التى يسير بها فى الأسواق ، والانتفاع الذى هو الثمرة الأولى من ثمرات المـالية .

وقد انبنى على سلب الشارع القيمة من المـــال غير المتقوم أن متلفه لا يضمن لصاحبه المسلم شيئاً ، لأنه غير مصون . وإذا كان المال غير المتقوم عوضاً فى البيع أو فى أى عقد من العقود لم يصح العقد ، ولم يكن له احترام

العقود الواجبة الوفاء التى يظلها الشرع بحمايته[١] .

ولكن هذا إنما هو خاص بالمسلمين ، أما غير المسلمين فإن كان المال غير المتقوم عندنا يتعاملون هم به ، وينتفعون به فى ديانتهم فقد أمرنا باحترامه ، لأنا مأمورون باحترام كل ما يتدينون به[٢] ، إذ أمرنا بتركهم وما يدينون ، فالخمر والخنزير عند أهل الذمة أموال متقومة لا يجدون عندهم حريجة دينية فى الانتفاع بها ، فحق علينا أن نحترمها ، فإذا أتلف شخص لذمى خمراً أو خنزيراً وجب عليه أن يضمن له ما أتلف ، وإن ترافعا إلى القضاء ألزمه بالضمان ، وعقودهم فيهما من بيع وشراء وغيرهما صحيحة محترمة مصونة . روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قد اجتمع إليه عماله فقال : يا هؤلاء إنه قد بلغنى أنكم تأخذون فى الجزية الخمر والخنزير ، فقال بلال : أجل إنهم يفعلون ذلك . فقال فلا تفعلوا ، ولكن ولوا أربابها بيعها ، ثم خذوا الثمن منهم[٣] . وهذا الأثر يدل على أمرين أحدهما أنه لا يصح للمسلم أن يدخل الخمر والخنزير فى ملكيته ، بل لا يثبت له ملكية عليهما ، وثانيهما أن لغير المسلمين أن يتولوا العقود عليها ، لأن ملكيتهم لها محترمة .

٣ — وهل يعتبر المباح مالا متقوماً ، جاء فى المجلة العدلية أنه مال غير متقوم إذ لم يدخله فى ضمن تعريف المال المتقوم . فقد جاء فى المادة ١٢٧ ما نصه : « المال المتقوم يستعمل فى معنيين الأول بمعنى ما يباح الانتفاع به ، والثانى بمعنى

---

(١) ويكون البيع باطلا إذا كان المال غير المتقوم قد تعين أن يكون المبيع فى العقد فإذا كان الخنزير مثلا مقابلا بما يثبت ديناً فى الذمة تعين أن يكون مبيعاً ، فيبطل ، وإن كان مقابلا لما لا يتعين أن يكون ثمناً كان العقد فاسداً .

(٢) ما نذكره هنا هو مذهب أبى حنيفة وأصحابه ، وأما مذهب الشافعى رضى الله عنه ، فهو أن المسلم إذا أتلف خمراً أو خنزيراً لذمى لا يجب عليه الضمان وذلك لأن لهم مالنا وعليهم ما علينا فما ثبت فى حقنا من العقود والأموال وأحكامها تثبت فى حقهم ، وذلك مال غير محترم عندنا ، فهو عندهم كذلك ، ووجهة نظر الحنفية أننا أمرنا بتركهم وما يدينون ، وإذا كانوا يعتقدون فى مثل هذه الأموال الحل . وحملناهم على عدم تناولها . ولم نحترمها . فقد ألزمناهم بعقيدتنا ولم نتركهم وما يدينون ، وذلك غير المقرر من قواعد الدين ، ونظرياته الشرعية .

(٣) الخراج لأبى يوسف ص ١٥١ ، وفتح القدير الجزء الخامس ص ٣٦ .

المال المحرز ، فالسمك فى البحر غير متقوم ، وإذا اصطيد صار متقوماً بالإحراز .

وقد تبعت المجلة فى هذا صاحب التلويح ، فقد جاء فيه « إن التقوم ضربان عرفى ، وهو بالإحراز ، فغير المحرز كالصيد والحشيش وغيرهما ليس بمتقوم ، وشرعى ، وهو بإباحة الانتفاع به[1] .

ومن هذا ترى أنه جعل الإحراز سبباً للتقوم ، كما جعل إباحة الانتفاع سبباً له ولذا جعل غير المحرز كالصيد والحشيش وغيرهما ليس بمتقوم ، ولعل الذى دفعه إلى ذلك هو عدم ضمان المباحات بالإتلاف ، وعدم صحة العقد عليها ، فكان ذلك دليلا على عدم تقومها .

والذى أراه أن الأموال المباحة يجوز اعتبارها أموالا متقومة ما دام الشارع قد أباح الانتفاع بها ، واحترم ملكية من سبق إليها واستولى عليها ، وإذا نظرنا هذا النظر لا تعد أموالا غير متقومة ، لأن الأموال غير المتقومة ما لا يقر الشارع ملكيتها ولا يحترمها ، ولا يبيح الانتفاع بها . وأما عدم ضمان المباح بإتلافه ، فلأنه لا مالك له ، والضمان إنما يكون للمالك يطالب بحقه ، وكذلك عدم ورود التصرفات الشرعية عليه ، لعدم ملكية المتصرف ، ولأنه باق على الشركة الطبعية بإباحته للعموم وتركه للناس يتسابقون فى إحرازه والاستيلاء عليه ، وبالإحراز يدخل فى الملكية ، وتتعلق به كل حقوق المالك المحرز .

ومن أحسن ما قيل فى المباح ما جاء فى شرح المجلة للغزى فى باب الشركة فى المباح : « قال صلى الله عليه وسلم : الناس شركاء فى ثلاث : الماء ، والكلأ ، والنار » ، فما لم يسبق إليه حوز من هذه ، فهو باق على أصل الشركة ، وما أحرز من ذلك بما يعالج من وسائل الإحراز لأحد يكون ملكاله ، يورث ،

(١) وقد جاء فى البدائع فى كتاب الغصب ما يفيد بفحواه ما قاله صاحب التلويح ، وجاء فى كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى مثل ما جاء فى التلويح أيضاً ومن أدلتهم أن المباح ليست له قيمة قبل إحرازه .

عنه ويتصرف فيه استقلالا على نحو التصرف فى الأملاك الخاصة ، وكل شركاء المباح يأخذ الواحد منهم حصته منه بالسعى والعمل ، والعاطل والمعطل عنه يكون مظلوماً من نفسه ، لا من رفاقه الشركاء ؛ لأن وظيفة الحياة العامة العمل»[1] اﻫ .

٤ — وتقسيم المال فى الشريعة إلى متقوم وغير متقوم له نظير فى القانون ؛ لأن من الأموال ما يحرم قانون العقوبات اقتناءها وإحرازها ويعد إحرازها جريمة إلا فى أحوال استثنائية ، وهى المواد المحرم تناولها ، وكل من استولى عليها فى غير أحوالها الاستثنائية بأى طريق من طرق الاستيلاء لا تحترم يده ، ومن أتلفها فى هذه الحال لا عقوبة عليه ، فهى مهدرة المالية لمن وضع يده عليها بغير مسوغ من القانون ، فهذا النوع من الأموال نعتبره نظير المال غير المتقوم فى الشريعة مقارباً[2] له فى المعنى ، لأن قانون العقوبات لم يحترم ملكيتها فى هذه الحال . فكأنه سلبها قيمتها من محرزها ، ولا يكتفى القانون فى سبيل التحريم بإهدار ماليتها عن مالكها ، بل يجعلها سبباً فى العقاب الأليم ينزل به ، والغرم المالى يبهظه .

ومهما يكن من فوارق فى الاعتبار بين نظر الشريعة الأموال المحرمة فيها ، ونظر القانون لها فلا شك أنه يسوغ لنا أن نصف المواد المحرمة قانوناً بأنها مال غير متقوم فى يد من يستولى عليها من غير مسوغ قانونى للاستيلاء .

٥ — وقبل أن نترك الكلام فى حقيقة المال فى نظر فقهاء الشريعة نعرض المنافع أتعتبر مالا متقوماً أم لا تعتبر كذلك ؟ قال الشافعى ومالك ، إنها أموال متقومة مضمونة ، والدليل على ذلك :

---

(١) الجزء الثالث ص ٣ .

(٢) لا نستطيع أن نعتبره إلا مقارباً لمعنى المال غير المتقوم فى الشريعة . لأن غير المتقوم فى الشريعة لا يعتبر فى نظرها مالا قط . وإن كان يعتبر فى نظر الناس أو بعضهم مالا . وأما المواد المحرمة فى قانون العقوبات فهى تعتبر مالا فى نظره : ولكن عدم احترام ملكيتها لتحريمها ولمنع تناولها ، وسدا للذريعة ، وردعاً لمن يسهلون للناس باب الأخذ والعطاء فيها.

(ا) أن الطبع يميل إليها ، ويسعى فى ابتغائها وطلبها ، وتنفق فى سبيلها الأموال . ويقدم فى سبيلها نفيس الأشياء ورخيصها .

وأن المصلحة فى التحقيق تقوم بمنافع الأشياء لا بذواتها ، فالذوات لا تصير أموالا إلا بمنافعها ، فلا تقدم إلا بمقدار ما فيها من منفعة، وما تشبعه من حاجة نافعة ، إذ كل شيء لا منفعة فيه لا يكون مالا ، وإذا كان الشأن كذلك فكيف نسلب المالية والتقوم عما كان سببهما ومناطهما والعلة فى وجودهما فى الذوات والأشياء ،

(ب) وإن العرف العام فى الأسواق والمعاملات المالية يجعل المنافع غرضاً مالياً ، ومتجراً يتجر فيه ، فالخانات والأسواق ، والبيوت التى تعد للاستغلال بسكناها ، إنما تتخذ فيها المنافع متجراً ومستغلا تدر على أصحابها الدر الوفير ، فدل هذا على أن العرف العام يعتبر المنافع أموالا تبتغى .

(ج) والشارع الإسلامى اعتبر المنافع أموالا ، لأنه أجاز أن تكون مهراً فى الزواج ، ولا يكون مهراً فى الزواج إلا المال ، كما قال الله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » . فاتفاق الفقهاء على جواز أن تكون المنفعة مهراً دليل على اعتبارها مالا ، ومن لم يعتبرها كذلك ، فهو متناقض فى آرائه .

(د) ولقد ورد العقد عليها وتصير مضمونة به سواء أكان العقد صحيحاً أم فاسداً ، وضمانها دليل على أنها تكون مالا بالعقد عليها ، ولو لم تكن أموالا فى ذاتها ما قلبها العقد مالا ، لأن العقود لا تقلب حقائق الأشياء ، بل تقرر خواصها .

وقال الحنفية إن المنافع ليست أموالا متقومة بنفسها ، وإنما تقومها بالعقد ، وقد استدلوا على ذلك بأن صفة المالية للشيء لا تثبت إلا بالتمول . والتمول صيانة الشيء وإحرازه ، ولذا لا يقال لمن ينتفع بشيء مستهلكا له إنه

متمول له ، فلا يقال لمن يأكل شيئاً أنه يتمول ذلك المأكول ، وإذا كان التمول كذلك فالمنافع لا يمكن تمولها ، لأنه لا يمكن إحرازها ، إذ أنها لا تبقى زمانين ، بل تكسب آناً بعد آن ، وبعد الاكتساب تلاشى ، وتفنى فلا يبقى لها وجود . وإذن فهى ليست بمال ، لأن المالية بالتمول ، كما ذكرنا وكما استبان مما نقلناه عن صاحب البحر .

والمنافع قبل كسبها معدومة ، والمعدوم لا يطلق عليه اسم المال ، وبعد كسبها لا يمكن إحرازها ، والتقوم من أسبابه الإحراز فليس غير المحرز مالا متقوماً ، كالصيد فى الفلاة ، والحشيش فى الكلأ المباح[1] ، وإذا كانت المنافع حتى بعد وجودها لا يمكن إحرازها ، فعلى ذلك لا يمكن أن تعتبر مالا متقوماً .

لهذا كانت المنافع فى ذاتها وفى القياس والنظر لا تعتبر مالا متقوماً ، ولكن ورد النص ، وجرى العرف بعقد الإجارة وما يشبهها من العقود التى ترد على المنافع فقومت بهذا النوع من العقود استحساناً وعلى غير القياس ، وما جاء على غير القياس يقتصر فيه على مورد النص ، لا يعدوه ، ولا يتجاوزه إلى غيره ؛ لذلك كانت المنافع مقومة بالعقود ، وليست مقومة بذاتها[2] .

ولكن إذا كانت المنافع ليست أموالا متقومة فكيف تجرى عليها التصرفات الشرعية التى أجيزت استحساناً ، إذ كيف تجرى التصرفات الشرعية على معدوم ، لا وجود له ، وإن وجد ، فليفنى فى إبانه ، لأنه لا يخرج عن أنه

(١) هذا الكلام مبنى على اعتبار المباح مالا غير متقوم وقد بينا رأينا فى هذا .

(٢) قد اقتبسنا ذلك الخلاف وتلك الأدلة من كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى . والتقرير والتحبير على التحرير لكمال الدين الهمام . وشرح المنار فى الأصول لابن الملك . وحاشية الأزميرى على مرآة الأصول وشرح الكنز للزيلعى . ومع أن المنافع لا تعتبر أموالا عند الحنفية قالوا إنها تقوم من غير عقد فى الوقف ومال اليتيم والأعيان المعدة للاستغلال .

كسب للشخص ، وليس بموجود قائم بذاته ، وقد أجاب عن هذا صاحب التلويح بأنها ، وإن لم تعتبر مالا تعتبر ملكا ، لأن الملك لا يقتضى الوجود كالمالية إذ هو القدرة على التصرفات الشرعية ، ولا شك أن يثبت يرد على المنافع بإجماع الفقهاء وهذا نص ما جاء فى التلويح : « والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال لأن الملك ما من شأنه أنه يتصرف فيه بوصف الاختصاص ، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة » ثم أن العين تقوم مقامها .

وقد انبنى على هذا الخلاف بين الشافعى والحنفية فى حقيقة المنافع ، أهى مال أم غير مال خلاف فى فروع كثيرة فى بعض مسائل الغصب والإجارة والإعارة نذكرها فى مواضعها إن شاء الله تعالى .

القيمى والمثلى :

٦ — القيمى نسبة إلى القيمة . والمثلى نسبة إلى المثل ، ويطلق المثلى فى الشريعة على الأموال المقدرة بالكيل والمقدرة بالوزن ، والعدديات[١] المتقاربة التى لا تفاوت بين آحادها ، أو بينها تفاوت لا يعتد به فى نظر التجار . ويمتاز المثلى بأن آحاده لا تفاوت بينها كما بينا ، وصفقاته لا يضرها التبعيض ، فمن أراد أن يشترى مائة أردب قمحاً ، بعشرين جنيها ومائة ، لا يضره أن يشتريها على صفقتين أو صفقة واحدة ، لأن التجزئة لا تضير آحاد المكيلات والموزونات ، ولا تختلف أسعارها فى أجزائها عنها فى مجموعها .

والقيمى ما لا يقدر بالكيل أو الوزن ، وليس عددياً متقارباً ، فالتفاوت

---

(١) خالف زفر فى اعتبار العدوى مثلياً يضمن مثله عند الإتلاف . ولذا قال إن العددى تضمن قيمته بالإتلاف لا مثله . واستدل على ذلك بأن العددى لم يثبت مماثلة آحاده بالنص . بل تثبت بالاجتهاد ولذا لا يجرى فيه الربا بخلاف المكيل والموزون فإن المثلية بين آحاده ثبتت بالنص . وإذا كان العددى كذلك تعذر معرفة مثله قطعاً . فيصار إلى القيمة (راجع الزيلعى فى باب الغصب) .

بين آحاده تفاوت كبير يعتد به التجار كالحيوان وغيره. ومن القيمى الأشياء التى تعرف بالقياس ، وهى المسماة بالمذروعات ، وكانت هذه قيمية للتفاوت بين آحادها ، ولأن التجزئة تضرها ، فمن يريد أن يشترى أربع أذرعة من مقيس لا يرضيه أن يشتريها مجزأة ، لأن قيمتها وهى ذراع واحدة غير قيمتها فى ضمن ثلاث أذرعة .

وقد عرف قدرى باشا فى مرشد الحيران المثلى بأنه « ما يوجد له مثل فى المتجر بدون تفاوت يعتد به ، ومنه العدديات التى لا يكون بين أفرادها تفاوت فى القيمة » ، وعرف القيمى بأنه « ما لا يوجد له مثل فى المتجر ، أو يوجد لكن بتفاوت فى القيمة ، ومنه المعدودات المتفاوتة التى بين أفرادها تفاوت فى القيمة »[1]. وهذا التعريف لا يخلو من تسامح ، لأن أصناف الثياب لها مثيل فى الأسواق ، ويعينها الوصف ، بدليل جواز السلم فيها ، ومع ذلك لا تعد من المثليات ، بل تعد من القيميات ، ولو كان وجود نظير فى السوق كافياً لاعتبار المال مثلياً ، فكانت هذه مثليات ، لها نظير فى السوق اعتبره الشارع نظيراً ، ومع ذلك فهى قيمى[2] ، يضمن متلفه قيمته لا مثله ، وقد علل الفقهاء اعتبارها قيمياً (مع إمكان تقديرها بالوصف تقديراً معيناً) بأنها يضرها التبعيض ، ولأنها يضرها كانت القيمة هى الحكم فى معرفة مالية أبعاضها .

والمثليات منها نقود ، ومنها غير نقود ، فالدنانير والدراهم من المثليات ومثلها الجنيهات والنقود الفضية فى عصرنا الحاضر من المثليات ، وهذا النوع

---

(١) مادة ٣٠٥ من مرشد الحيران ، ومثل هذا التعريف جاء فى المجلة العدلية فى المادتين ١٤٥ و١٤٦ .

(٢) فى فتح القدير ، وحاشية الزيلعى ، وفى العناية فى باب السلم التصريح بأن الثياب قيمية لا مثلية فتضمن بقيمتها ، ولكن يجوز فيها السلم ، لامكان تعيينها بالوصف ، ولوجود نظير لها فى السوق . والثياب فى أزمان الاجتهاد كانت تصنع بالأيدى لا بالآلة ، فلم يكن التماثل بين آحادها وأجزائها تاماً ، ولذا ضمنت بالقيمة . أما فى هذا العصر وهى تصنع بالآلة . والتماثل بين الآحاد تام يصح اعتبارها مثلية .

يسمى ثمناً ، وغيره يسمى مثمناً ، والنقود تمتاز من بين سائر الأموال بأنها معايير ومقاييس يقاس بها مقدار مالية الأشياء ، وما فيها ما يشبع حاجات الناس ، فالدراهم والدنانير ليس فيها نفع ذاتي قائم بها ، لأنها لاتشبع حاجة ولكنها ذرائع ووسائل[1] ومقدرات للمالية في الأشياء المشبعة للحاجة .

ولأن النقود لاتشبع حاجة بنفسها ، ولاتنفع بذاتها ، بل تقاس بها مالية الأشياء كانت في عقود المعاوضات أثماناً دائماً ، ولاتتعين في العقود بالتعيين[2] بالإشارة ، بل تعرف بالأوصاف ويجب أداء ما يشتمل على هذه الأوصاف ، فكانت ثابتة ديناً في الذمة ، وإذا كان عقد المعاوضة نقداً بنقد قال الفقهاء إنه بيع دين بدين ، وسموه صرفاً وكان ديناً بدين ، لأن كلا العوضين من طبيعته ألا يعين بالتعيين ، بل يثبت بأوصافه في الذمة .

أما بقية المثليات ، فقد تثبت بأوصافها ، فتكون ديناً في الذمة ، وقد تعين بالتعيين ، فلا تكون ديناً في الذمة ، بل تثبت بأعيانها ، لا بأوصافها .

٧ — ومهما يكن من فرق بين النقود وسائر المثليات ، فالمثليات كلها تمتاز عن القيميات بأنها تثبت ديناً في الذمة ، إذ يمكن ثبوتها بأوصافها ، أما القيميات فلا تثبت إلا بأعيانها ، ولا يمكن أن تثبت بأوصافها[3] .

---

(١) ولكن بمرور الأجيال ، وبما تعطيه لأصحابها من سلطان صارت هي غرضاً مطلوباً وهدفاً مقصوداً ، وصار كثير من الناس يجد لذاذة نفسية في ادخارها وجمعها ، وصارت كأن وجودها بين يديه يشبع حاجة ، ورغبة مستكنه ، وسبحان مقلب القلوب ! !

(٢) يستثنى من ذلك بعض العقود ، ومن ذلك الوديعة ، والقرض (راجع أصول فخر الإسلام للبزدوى) .

(٣) أرى أنه يقرب من المثليات في هذا المعنى المذروعات التي يجوز فيها السلم ، لأنها بصحة السلم فيها تصير ديناً في الذمة ، ولهذا كانت شبيهة بالمثلي في هذا المعنى ، وإن لم تكن مثلياً في نظر الفقهاء في الجملة وفي كل الأحوال ، بل قد تكون مثلياً في بعض الأحوال فقط .

ولكن ما الذمة التى تثبت فيها الديون؟ قال الفقهاء إنها أمر معنوى فرضى جعلوه محلا لإثبات العهود والديون، ولذا عرفها صاحب البحر فى أول كتاب البيع بأنها أمر شرعى مقدر فى المحل يقبل الإلزام والالتزام (١) . وقال العز بن عبد السلام : هى معنى مقدر فى المحل يصلح للإلزام والالتزام (٢) . والتعريفان متقاربان فى الألفاظ والمعانى ، ومرماهما أن الذمة ليست سوى أمر معنوى فرضه الفقهاء لتحمل الواجبات ، ولزوم أدائها (٣) .

٨ — وليست التفرقة بين القيميات والمثليات مقصورة على أن هذه تثبت ديناً فى الذمة وتلك لا تثبت ، بل من الفروق بينهما أن القيمى يضمن بقيمته والمثلى يضمن بمثله ، فإذا تعدى شخص على مال غيره فأتلفه ، فإن كان مثلياً ضمن مثله ، وإن كان قيمياً ضمنه قيمته ، وذلك لأنه بالتعدى كان واجباً أن يغرم للمعتدى عليه بما يرفع أثر الاعتداء ، ويميط عنه أذى الإتلاف ، وذلك يتحقق على وجهه الكامل إذا عوضه بمثله ما أمكن المثل ، فإن تعذر عليه أن يدفع إليه المثل وجبت القيمة ، لأنها المثل المالى القاصر . ولما كانت المثليات يمكن تعويضها بأمثالها كان الواجب عند التعدى عليها مثلها ، أما القيميات فتجب قيمتها لتعذر وجود مثل لها من غير تفاوت كبير ، فصرنا إلى المثل المالى وهو القيمة . وعلى هذا أكثر الفقهاء (٤) .

---

(١) والذمة المالية فى القانون هى مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية ، فهى تتكون من عنصرين : عنصر إيجابى ، وهو مجموع الحقوق ، وعنصر سلبى ، وهو مجموع للالتزامات (راجع علم أصول القانون لأستاذنا السنهورى بك) وهذا التعريف فى جملته قريب من تعريف علماء الشريعة .

(٢) راجع حاشية الأشباه والنظائر وحاشيته للحموى .

(٣) سنبين الذمة والاختلاف فى شأنها عند الكلام فى الأهلية .

(٤) قال المالكية إذا أتلف شخص قيمياً لآخر عوضه بقيمى من جنسه قيمته تساوى قيمة المتلف تحقيقاً للمثلية ما أمكن .

وقال بعض من نفاة القياس ، إنه عند التعدى تضمن القيمة مطلقاً ، لأن حق التعدى عليه متعلق بعين الشيء المتلف وماليته وقد تعذر رد عينه لتلفها ، فوجبت المالية وهى قيمة الشيء ، إذ القيمة هى المعينة المالية .

وقد لخص هذا الموضوع الأزميرى فى حاشيته على مرآة الأصول فقال: « إنما كان الضمان بالمثل كاملا . لأن الأصل فى ضمان العدوان هو الضمان بالمثل فى المثليات ، لأن حق المستحق ثابت من كل وجه ، فلا يصار إلى المثل معنى فقط ، وهو القيمة إلا عند الضرورة ، ولا ضرورة ههنا لوجود المثل.. وقال قوم من نفاة القياس : الواجب على الغاصب رد القيمة مطلقاً ، لأن حق المالك فى العين والمالية معاً ، وقد تعذرت العين فتجب المالية، ومالية الشيء قيمته ، احتج عامة الفقهاء بقوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » فإنه صرح بالمثل ، والمتبادر هو المثل صورة ومعنى ، لأن المقصود بالضمان هو الجبر ، وذلك أتم فى المثل»[1] .

وإذا انصرم المثلى وانقطع من الأسواق كأن يكون عددياً ، وانقطعت موارده فى الأسواق لعارض حرب أو نحوه ،وجبت قيمته ، لأن التعويض بالمثل ، وهو الأداء الكامل تعذر فيتحول إلى القاصر ، لأنه الممكن ، ولا تكليف أكثر مما فى دائرة الإمكان[2] .

---

(١) حاشية الأزميرى الجزء الأول فى باب الأمر .

(٢) قد اختلف فقهاء الحنفية أتعتبر قيمة المثلى المنصرم يوم وجب فى الذمة أم يوم انقطاعه عن الأسواق أم يقوم الخصومة للحكم بالضمان والانقطاع . قال الأول أبو يوسف وقال الثانى محمد وقال الثالث أبو حنيفة ، ولكل وجهة .

هذا وبين المثلى والقيمى فوارق كبيرة فى أحكام كثير من العقود ، كالقسمة والبيع وغيرهما . ففى القسمة القيمى لا يقبل القسمة جبراً والمثلى يقبلها . وفى البيع المثلى يكون ثمناً ومحلا للسلم . والقيمى لا يكون كذلك .

٩ — ولقد وجدنا فى ثنايا مواد القانون المدنى أحكاما للأشياء المقدرة بالكيل أو الوزن أو الذرع ، وأكثر ما تكون تلك الأحكام فى البيوع ، وأخص ما تمتاز به تلك المقدرات فى القانون المدنى أنها تجرى فيها المقاصة.

وقد تعرض الأستاذ الدكتور السنهورى بك فى كتابه أصول القوانين لهذا التقسيم فقال : « القيمى مالا تتعدد آحاده . مثل منزل وفرس معين ويتعين بالتسمية أو الوصف . والمثلى ما تعددت آحاده وقام بعضها مقام البعض الآخر مثل الغلال والقطن والثياب والبيض ، ويتعين إما بالكيل كالغلال ، أو بالوزن كالقطن أو بالذرع كالثياب ، أو بالعدد كالبيض .

وثمرة التقسيم تظهر فى وجوه مختلفة منها : (١) المقاصة، فإنها لا تكون إلا فى المثلى (٢) وهلاك المثليات تكون على المشترى بعد التعيين ولو قبل التسليم، أما هلاك القيميات فلا يكون على المشترى إلا بعد التسليم [١] .

١٠ — **العقار والمنقول** : تنقسم الأموال فى الشريعة إلى عقار ومنقول ، فالعقار ما لا يمكن نقله وتحويله . والمنقول كل مال يمكن نقله وتحويله . ولو بتغيير صورته كالبناء والغراس ؛ ولذلك قرر الفقهاء أن العقار لا يشمل إلا الأرضين[٢] ، سواء أكانت أراضى للزراعة أم كانت للبناء أم لغير ذلك ويشمل المنقول ما عدا ذلك من الأموال ، غير أن من أنواع المنقول

---

(١) هذا ما ذكره الأستاذ الكبير ، والجزء الأول من ثمرات التقسيم لاخلاف فيه ، والثانى موضع نظر وتحقيق . فليراجع فى مصادره .

(٢) راجع فتح القدير فى الوقف الجزء الخامس .

ما يأخذ حكم العقار تبعاً له وهو البناء والغراس ، فهما يدخلان فى العقار تبعاً فى بعض العقود والتصرفات الشرعية لأنهما متصلان به اتصال قرار وثبات ، ولا حاجة إلى النص عليهما ، لإدخالهما فى ضمن ما يشمله العقد .

وفى مذهب مالك رضى الله عنه : العقار يشمل الغراس ويشمل البناء ؛ لأنهما متصلان بالأرض اتصال قرار[1] ، ولأنهما ثابتان غير قابلين للانتقال وهما على شكلهما ، بل تتغير حالهما فيتحول الغراس إلى أحطاب ، والبناء إلى أنقاض ، وهذا الثبات يكفى فى اعتبارهما عقاراً كالأرض .

ومذهب مالك قريب مما جاء به القانون المدنى الأهلى والمختلط والفرنسى ، وهذا نص ماجاء بالقانون الأهلى فى مواده الأولى والثانية والثالثة: « (١) تنقسم الأموال إلى ثابتة ومنقولة . (٢) الأموال الثابتة هى الحائزة لصفة الاستقرار سواء كان ذلك من أصل خلقتها ، أو بصنع صانع . بحيث لا يمكن نقلها بدون أن يعتريها خلل أو تلف ، وكذلك الحقوق العينية المتعلقة بتلك الأموال (٣) ما عدا ذلك من الأموال يعد منقولا » .

ونرى من هذا أن القانون المدنى يتقارب جداً فى نظره إلى حقيقة العقار والمنقول من مذهب مالك ، وأن القانون يتوسع فى معنى العقار وحقوقه أكثر مما يتسع له مذهب ذلك الإمام رضى الله عنه ، وسنشير إلى ذلك فيما يأتى من آثار هذا التقسيم فى الشريعة والقانون .

١١ — وقد كان لتقسيم الأموال إلى عقارات ومنقولات آثار فى الأحكام كثيرة ، جعلت لكل قسم أحكاماً تختص به ، وثمرات ترد

(١) راجع الشرح الكبير فى باب الشفعة .

عليه دون الآخر ، فالعقار يرد عليه من التصرفات ما لا يرد على المنقول ، ولبعض العقود فيه آثار ليست فى المنقولات ، نذكر من ذلك أمثلة :

(ا) فالشفعة مثلا لا تثبت أثراً للبيع إلا فى العقار ، ولا تثبت فى المنقول إلا إذا دخل فى العقار تبعاً ، وإلا فى حق العلو مع حق السفل والعكس ولم تثبت الشفعة فى المنقول فى غير هذه الأحوال إلا عند الإمام مالك رضى الله عنه ، فقد أثبتها فى السفن[1] والثمار المتصلة بالأشجار وروى عنه مع الخلاف فيه الشفعة فى إجارة الأراضى الزراعية ودور السكنى والمساقاة[2] .

ومهما يكن من أمر هذه الأقوال فى ذلك المذهب ، فالجمهور من الفقهاء على أن الشفعة لا تكون إلا فى العقار على وجه العموم ، والمنقول فى بعض أحوال قليلة جداً .

(ب) أن العقار يصح وقفه بإجماع الفقهاء الذين أفتوا بجواز الأوقاف ولزومها . أما المنقول فلا يصح وقفه إلا تبعاً للعقار أو يكون قد ورد بصحة وقفه أثر ، أو يكون قد جرى به عرف مشهور على ما أفتى به الإمام محمد رضى الله عنه .

وهذا كله فى مذهب الحنفية ، أما مذهب غيرهم من الأئمة ، فقد أجازوا فى الجملة وقف المنقول ، وإن اختلفوا فيما بينهم ، ما بين مضيق وموسع .

(ج) العقار إذا كان مبيعاً صح التصرف فيه قبل قبضه عند الإمام أبى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما وخالفهما محمد والشافعى رضى الله عنهما ، ومنعا التصرف فيه قبل القبض ، وأما المنقول فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، حتى

---

(١) قد أثبتها بعض الفقهاء فى الشركة فى كل شىء ما عدا المكيل والموزون ، وقد ذكر هذا القول فى بداية المجتهد ونهاية المبتدىء فقد جاء فيه : « وحكى عن قوم أن الشفعة فى كل شىء ما عدا المكيل والموزون » .

(٢) راجع بداية المجتهد ونهاية المبتدىء .

على مذهب الإمام وصاحبه، لأنه قبل القبض على خطر الهلاك، وإذا هلك بطل البيع الذى كان أساساً لذلك التصرف، فكان هذا التصرف محتملا للبطلان، فكان من الاحتياط الانتظار إلى حين القبض ، صوناً للعقود عن البطلان وإبعاداً للتصرفات عن احتمال الإلغاء .

(د) عند بيع القاضى أموال المدين (على قول من يجيز ذلك البيع من الأئمة) يبتدأ فى البيع بالمنقول ، فإن لم يف بالدين ينتقل إلى العقار ، ويبتدأ من المنقول بما يخشى عليه التلف ثم بما يكون معداً للربح والكسب كعروض التجار . ثم يكون البيع فى سائر المنقولات .

(هـ) ليس للوصى بيع عقار المحجور عليه لصغر أو عته أو سفه أو جنون إلا عند وجود حاجة دافعة كإيفاء دين ، أو لمصلحة راجحة ، أو اضطرار كنزع الملك فى سبيل المنافع العامة[1] ، وأما المنقول فبيعه سائغ من غير قيد إلا قيداً واحداً ، وهو أن يكون للنظر والمصلحة وقد وكل الأمر فى ذلك إلى نظر الوصى وحسن تقديره .

(و) وحقوق الارتفاق والجوار لا تتعلق بالمنقول ، بل تتعلق بالعقار على ما سنبين إن شاء الله تعالى .

١٣ — وقد كان لتقسيم الأموال إلى ثابتة ومنقولة آثار فى القانون المدنى واسعة النطاق ، نذكر منها قليلا .

(١) فالعقار من حيث انتقال الملكية لا ينتقل إلا بالتسجيل ، بينما المنقول لا يحتاج فى نقل ملكيته سواء أكان بهبة أم ببيع إلى تسجيل .

(٢) والعقار لا تثبت بوضع اليد عليه بسند وبحسن نية — الملكية فيه إلا بعد مضى خمس سنوات بينما المنقول تثبت الملكية فيه بوضع اليد فى الحال

---

(١) راجع كتاب المعاملات لأستاذنا الجليل الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك .

إلا فى حالة السرقة أو الضياع[١] .

(٣) والرهن التأمينى وحق الاختصاص لايكونان إلا فى العقار ولا يكونان فى المنقول[٢].

(٤) ومن جهة قانون المرافعات نرى ثمة تفرقة بين العقار والمنقول ، فإذا كان موضوع النزاع عقاراً أو أمراً متعلقاً به كانت المحكمة المختصة هى المحكمة التى فى دائرتها ذلك العقار ، أما فى المنقول فكانه لايعين الاختصاص . ودعاوى رفع التعرض واسترداد الحيازة ، ووقف العمل الجديد تتعلق بالعقار دون المنقول[٣].

وثمة ثمرات كثيرة لتقسيم الأموال إلى عقار ومنقول ، نكتفى بما ذكرناه ليكون دليلا على مالم نذكره .

١٣ — هذه وغيرها من ثمرات التقسيم إلى عقار ومنقول فى القانون ، غير أن العقار فى القانون أعم وأشمل منه فى الشريعة، ويلحق به فى أحكامه فى القانون مالا يلحق به فى نظر الشريعة . فالعقار فى القانون يشمل :

(ا) الأموال الثابتة بطبيعتها ،وهى الأراضى كالبرك والمستنقعات والمعادن قبل استخراجها،والأحجار قبل قطعها . ومن هذا القسم الأشجار المغروسة التى لم تنفصل عن الأرض[٤] ، والنبات « ويشترط فى النبات المعتبر ثابتاً أن تمتد جذوره فى الأرض فلا يعتبر مالا ثابتاً النبات الذى ينمو فى الأوعية ويعتبر النبات عقاراً بطبيعته ، وإن كان زرعه فى الأرض مؤقتاً . ولا فرق فى اعتبار النبات

---

(١) مادة ٧٦ و ٨٦ راجع فى هذا كتاب الأموال للأستاذ الكبير الدكتور محمد كامل مرسى بك .

(٢) راجع كتاب الأموال .

(٣) راجع كتاب الأموال للأستاذ كامل مرسى بك .

(٤) راجع شرح القانون المدنى للمرحوم فتحى زغلول باشا .

عقاراً بين كون الزارع هو مالك الأرض أو مستأجرها »[١] وإذا قطع النبات انفصلت عنه صفة الثبات ، وصار منقولا .

(ب) المال الذى ينال صفة الثابت بصنع الإنسان ، وهو كل منقول جعله الإنسان بصفة ثابتة أو مزجه بالأرض حتى صار متصلا بها ، فيتحول بهذا الصنع إلى عقار ، ومن ذلك الطواحين والسواقى ، ومجارى المياه[٢] .

(ج) الحقوق المتعلقة بالعقار مباشرة كالرهن والامتياز والارتفاق والحيازة والاستعمال والسكنى[٣].

(د) مايلحق بالأموال الثابتة من كل منقول خصص لخدمة العقار ، ويشمل هذا القسم نوعين أحدهما الماشية وآلات الزراعة المخصصة بها المملوكة لصاحب الأرض ، وثانيهما آلات المعامل إن كانت ملكا لصاحب المعمل ، وهذه المنقولات لاتلحق بالعقار إلا فى حال واحدة وهى حال الحجز عليها ، فإنه لايجوز الحجز عليها منفردة عن العقار المخصصة له[٤] .

١٤ — هذا سرد موجز لما تشمله كلمة العقار فى القانون ، ومايلحق به ، وإذا كان لنا أن نبدى رأينا فى القانون والشريعة بالنسبة للعقار والمنقول ، ونوازن بينهما فى هذا . فلا شك أنا نرى رأى القانونيين فى اعتبار كل مال يصير ثابتاً بصنع الإنسان ، ويمزج بالأرض مزجاً يعطيه صفة القرار والثبات — من نوع العقار ، لا من نوع المنقول ، وذلك هو نظر المالكية فهم يعتبرون كل مايتصل بالأرض اتصال قرار وثبات كالبناء والغراس من العقار ، ويعطونه كل أحكامه .

---

(١) راجع كتاب الأموال للأستاذ الجليل كامل مرسى بك .

(٣) شرح القانون المدنى .

(٢) شرح القانون المدنى .

(٤) شرح القانون المدنى .

العلاقة بين الإنسان والمال

١٥ — ذكرنا أن المال لا يعتبر مالا إلا بتمول الناس له ، لذلك كانت علاقته بالإنسان هى التى تعطيه خواصه المالية والشرعية . ولقد قرر الشارع الإسلامى تلك العلاقة ، ورتب عليها ثمراتها ونتائجها ، وتلك العلاقة المقررة فى الإسلام كـكل الشرائع هى الملك ، وهو معنى نسبى يفرض التعيين النسبة بين المال والإنسان ، كالأبوة والبنوة ، والتقدم والتأخر ، فكل هذه أمور نسبية لتعيين النسب بين الأشياء والأشخاص ، فالأبوة والبنوة لتعيين النسبة بين الإنسان ومن نشأ منه ، كذلك الملك هو معين للنسبة بين الإنسان والمال ، الإنسان مالك والمال مملوك .

وقد عرف الفقهاء الملك بتعريفات كثيرة تتقارب فى مرماها ، وإن اختلفت فى مبناها ؛ فعرفه كمال الدين بن الهمام فى فتح القدير بأنه القدرة على التصرف ابتداء إلا لمانع . ومعنى هذا التعريف الموجز أن الملك قدرة الشخص التى لا يستمدها من غيره على التصرف إلا لمانع يمنعه من التصرفات ، فالذى يملك التصرف بالنيابة من غيره فى شىء لا يعتبر مالكا ، لأنه لا يقدر على التصرف ابتداء ومن ذات نفسه ، بل يقدر عليه بقدرة غيره ، ومن ملك التصرف ، ولكن أهليته للتصرفات ليست كاملة أو معدومة ، يعتبر مالكا . وإن حرم من التصرفات لذلك المانع العارض ، لأن العبرة فى وجود الملك بوجود القدرة الأصلية المسوغة للتصرف عند الخلو من الموانع الناشئة من فقد الأهلية أو نقصانها .

وعرف المقدسى فى الحاوى الملك بأنه الاختصاص الحاجز ؛ ومعنى ذلك التعريف أن الملك هو الاختصاص بالشىء المانع لغيره من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا عن طريقه وبسببه ، وهذا التعريف لو اتصل بالأول ،

وكمل أحدهما الآخر لنتج عنهما تعريف قويم ، لأن الاختصاص آثاره ثابتة فى القدرة على التصرف ابتداء ، فالتعريف الذى نكونه من الاثنين يكون هكذا : الملك هو الاختصاص بالأشياء الحاجز للغير عنها شرعاً ، الذى به تكون القدرة على التصرف فى الأشياء ابتداء إلا لمانع يتعلق بأهلية الشخص .

١٦ — وقد وجدنا تعريفاً قيماً للملك فى كتب المالكية نذكره تتميما للمقام ، وتوضيحاً للمراد ، فقد جاء فى كتاب الفروق القرافى وحاشيته ومهذبه « إن الملك هو تمكن الإنسان شرعاً بنفسه أو بنيابة عنه من الانتفاع بالعين ، ومن أخذ العوض ، أو تمكنه من الانتفاع خاصة » .

وهذا تعريف واضح ، فهو يبين أن الملك هو التمكن من الانتفاع ، ولكن ذلك التمكن لا يكون إلا بسلطان من الشارع ، فالشارع فى الحقيقة هو الذى أعطى الإنسان الملك بترتيبه على السبب الشرعى ، ولذا جاء فى بعض التعريفات « أن الملك حكم شرعى ، مقدر فى العين أو المنفعة يقتضى تمكين من يضاف إليه من انتفاعه بالشىء وأخذ العوض عنه »[1] .

وهذا المعنى ، وهو أن الملكية لا تثبت إلا بإثبات الشارع وتقريره أمر متفق عليه بين فقهاء الإسلام ؛ لأن الحقوق كلها ، ومنها حق الملكية لا تثبت إلا بإثبات الشارع لها ، وتقريره لأسبابها ، فالحق ليس ناشئاً عن طبائع الأشياء ولكنه ناشىء عن إذن الشارع ، وجعله السبب منتجاً لمسببه شرعاً[2] .

وهذه التعريفات مهما تختلف عباراتها كلها ترمى إلى معنى واحد وهو أن الملك أو الملكية هو العلاقة التى أقرها الشارع بين الإنسان والمال ، وجعله

---

(١) الفروق للقرافى : الفرق المتمم للثانين بعد المائة .

(٢) راجع ما كتبه أستاذنا الشيخ أحمد ابراهيم بك فى هذا المقام فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة .

مختصاً به بحيث يتمكن من الانتفاع به بكل الطرق السائغة له شرعاً ، وفى الحدود التى بينها الشرع الحكيم .

١٧ — ولا نريد أن نترك هذا المقام من غير أن نتصدى لنقطة أثارها بعض فقهاء المالكية فى فلسفة الملك وهى : أيرد الملك على الأعيان ، أم يرد على المنافع فقط ، ويعنون بذلك أمن ملك عيناً يملك ماهيتها وذاتها ومنفعتها أم يملك منفعتها فقط ، أما الذات فليست تحت سلطان الإنسان ، ولا تقع فى مكنته ؟ الظاهر الذى يرى بادى الرأى أن الملك يقع على الأعيان إذا كانت الأسباب الشرعية للملك تقتضى امتلاك العين ، ويقع على المنافع إذا كانت الأسباب الشرعية تقصره عليها . ولكن فقهاء المالكية اختلفوا فى ذلك ، ففريق منهم قالوا إن الملك ومعناه القدرة على التصرف ، لا يتجاوز المنافع ويعدوها إلى جواهر الأشياء وذواتها ، لأن التصرف لا يقع على الذوات ، ولكن يقع على المنافع وعلى أعراض الذات وأحوالها ، فلا يمس جوهرها وماهيتها ، لأن التصرف على ماهيتها يكون بالإحياء أو بالإفناء ، وذلك ليس فى قدرة الإنسان ، إنما التصرف الذى فى قدرة الإنسان هو ما حصر فى دائرة المنافع وانتقال العين من يد إلى يد ، وتلك لا تمس الذات فى شىء من المساس. ويفرقون بين الأسباب التى تبيح الانتفاع فقط ، والأسباب التى تعطى القدرة على التصرفات كلها بأن هذه كالبيع والهبة ونحوها تعطى القدرة على منافع العين إلى غير زمن محدود ولا تلزم برد العين ، وأما الأخرى كالإجارة والإعارة والوصية بالمنافع فإنها تعطى ملك المنافع إلى زمن محدود طال أو قصر وبعدها ترد الأعيان إلى مالكى المنفعة ملكا مطلقاً ، وكأن المرمى فى هذا أن أسباب الملك إما أن تعطى ملك المنافع مطلقاً غير مقيد ، فتكون بيعاً أو هبة أو ميراثاً ، وإما أن تعطيه مقيداً بزمن ، وترد العين بعده . ويسمى التصرف إجارة أو إعارة أو وصية بالمنافع .

والحنفية (كما تدل على ذلك ظواهر عبارات الكتاب والفقهاء) على أن الملك يقع على العين فى التمليكات المطلقة ويقع على المنفعة فى العقود التى تفيد ملكية المنفعة فقط، وليست ثمة حاجة إلى الفلسفة التى أثارها المازرى من فقهاء المالكية، لأن ذلك كله أمور فرضية اعتبارية ولا جدواه فى هذا الخلاف.

قابلية الأموال للملك والتمليك :

١٨ — الأموال بطبيعتها قابلة للملك والتمليك ، لأنهما الثمرة الأولى لاعتبار الأشياء أموالا ، والنتيجة الطبيعية للإحراز الذى هو من خواص المال غير المباح المميزة له عما عداه من الأشياء ، وأن الإحراز بمعناه الدقيق إن طرأ على المباح كان هو الاختصاص الحاجز المانع لغير المحرز من الانتفاع ، وقد علمت مما سبق أن المقدسى يعرف الملك بأنه هو هذا الاختصاص ؛ فإذا كان الإحراز من خواص المال غير المباح وصفاته الملازمة له ، وكانت العلاقة بين الإحراز والملك هو ذلك التلازم كان علينا أن نقول حتما أن المال قابل للملك بطبيعته وذاته ، وخاصته. غير أنه قد يعرض لبعض الأموال ما يجعلها مخصصة لجهة من جهات الانتفاع ، فيمتنع ورود التصرفات التى تثبت الملكية لآحاد الناس عليها ، وتصير بذلك التخصيص غير قابلة للتمليك فى كل الأحوال أو فى بعض الأحوال . وتشمل تلك نوعين من الأموال : أحدهما ما خصص للمنافع العامة كالأماكن المعدة لحفظ البلاد وحمايتها كالقلاع والحصون والمرافىء ، ومثلها الطرقات العامة والقناطر والجسور المعدة لاجتياز عامة الناس . فهذه الأموال لا تقبل التمليك مطلقاً مادامت مخصصة لمنفعة الكافة[1] ، فإن زالت عنها تلك الصفة عادت إلى حالها الأصلية ، وهى قابليتها للملك والتمليك بإطلاق .

---

(١) راجع مرشد الحيران وكتاب المعاملات المالية لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد ابراهيم بك والفروق للقرافى .

(ثانيهما) أموال تقبل التمليك في بعض الأموال وذلك عند وجود مسوغ شرعي من ضرورة ملجئة للتمليك ، أو حاجة ماسة دافعة إليه ، أو مصلحة راجحة . وتلك الأموال هي العقارات الموقوفة وأموال بيت المال ، فإن كليهما لا يسوغ تمليكه إلا في الأحوال التي ذكرنا على ما هو مبين في مواضعه في كتب الفقه .

وغير هذين النوعين من الأموال قابل للملك والتمليك بإطلاق من تقييد.

الملكية التامة وآثارها :

١٩ — الملك التام هو الملك الواقع على ذات العين ومنافعها .

(١) وهو يعطي المالك حق التصرف في العين ومنافعها بكل التصرفات السائغة شرعاً من بيع وهبة وإجارة وإعارة ووصية ووقف ، وغير ذلك من التصرفات التي تسيغها الشريعة الإسلامية ، ولا تتنافى في أحكامها مع مبادئها وقواعدها .

(٢) ويعطيه أيضاً حق الانتفاع كاملا غير مقيد بوجه من وجوه الانتفاع ، ولا بزمن ، ولا بحال ولا بمكان ، فهو يستغل العين ويستعملها من غير قيد ولا شرط ؛ لأنه لا سلطان في العين ولا منفعتها لأحد سواه . ولا قيد يقيد الانتفاع إلا قيد واحد وهو ألا يكون الانتفاع محرماً ديناً وشرعاً ، بأن يكون قد ورد فيه نهي عن صاحب الشرع الشريف ، والدين الحنيف .

(٣) والملك التام ليس له زمن محدود ، ووقت معلوم ينتهي عنده ، بل إنه لا يقبل التقييد بالزمان ، ولا يقبل التقييد بالشروط ؛ فهو إذن مطلق لا يقيد بزمان ولا مكان ولا شرط ، ولذلك كانت العقود التي تفيد التمليك ملكا تاماً لا تقبل تقييد الملك ، وكل شرط فيه تقييد له يكون منافياً لمقتضاها ، غير ملائم لمعناها ، ولا ينتهي الملك التام إلا بانتقاله لغيره بتصرف شرعي ناقل للملك ، أو بالميراث ، أو تهلك العين الواقع عليها الملك .

(٤) والمالك ملكاً تاماً إذا أتلف العين المملوكة له لا يضمن مثلها ، ولا قيمتها ، لأنه لا فائدة من هذا الضمان ، إذ أنه إن ضمن يضمن لنفسه ، فكأن يده اليمنى تعطى يده اليسرى ، وذلك لامعنى له ، لأنه لا يقع فى هذه الحال غرم ولا غارم . وليس معنى ذلك أنه يعفى من كل تبعة لإتلافه ، بل إنه مسئول ديناً عما أضاع ، وقد يستحق التعزير على عمله ، وقد يؤدى عمله إلى إثبات سفهه أو نقصان عقله ، فيمنع من التصرف فى ماله ، ويتولاه عنه غيره . هذه الأمور الأربعة هى من خواص الملك التام ، نكتفى فى ذكرها بالإيجاز بدل الاطناب .

٢٠ — والملك الناقص هو ملك أحد الأمرين لا يعدوه ملك الرقبة وحدها من غير منافعها أو ملك المنفعة وحدها من غير الرقبة ؛ فهو واقع إما على الرقبة وحدها ، وإما على المنفعة وحدها .

وملك الرقبة وحدها من غير ملك المنفعة يثبت فى صورتين ، كلتاهما فى الوصية .

(الصورة الأولى) إذا أوصى المالك بمنفعة عين لشخص بعد موته سواء أكان ذلك لأمد معلوم له نهاية معلومة ، أم مدة حياة الموصى له ، فإنه فى مدة حياة الموصى له أو مدة انتفاعه المعينة يكون هو مالكا للمنفعة ، وليس للورثة إلا الرقبة وحدها .

(الصورة الثانية) إذا أوصى المالك لشخص بمنفعة العين ، ولآخر برقبتها ، فإن الموصى له بالرقبة يكون مالكاً للرقبة وحدها ، فى مدة انتفاع الموصى له بالمنفعة سواء أكانت لها نهاية معلومة أم تنتهى بالموت .

وفى هاتين الصورتين يكون ملك الرقبة مؤقتاً محدوداً بملكية الآخر للمنفعة ، فإذا انتهى ملك المنفعة إما بموته أو بانتهاء مدتها عادت المنفعة إلى

مالك الرقبة ، وتصير المنافع والرقبة ملكاً لصاحب الرقبة ، فيصير ملكه ملكاً تاماً ، وإذن فملكية الرقبة تنتهي دائماً بملك تام .

٢١ — والأصل في ملك الرقبة وحدها هو جواز الوصية بالمنافع منفردة عن الرقبة وذلك جائز في مذهب أبي حنيفة وأصحابه وأكثر الأئمة ، وخالف فيه ابن أبي ليلى ، فهو لا يجيز الوصية بالمنافع منفصلة عن أعيانها ، واستدل على ذلك بدليلين — أحدهما — أن الوصية بالمنافع وصية بما يصير ملك الوارث ، لأن الوصية عقد لا يظهر أثره إلا بعد موت الموصى ، وبعد موته تصير الرقبة ملك الورثة والمنفعة تابعة للرقبة ملازمة لها : لا تنفصل عنها ، فمن ملك الرقبة ملكها ، فإذا أوصى بها الإنسان كان ذلك إيصاء بشيء هو في ملك وارثه عند تنفيذ الوصية ، وتقرير حكمها ، وظهور أثرها ، وذلك لا يجوز في الشريعة .

ثانيهما — أن الوصية بالمنافع لا تجوز إلا على اعتبار أنها تشبه الإعارة لأن كلتيهما تمليك للمنافع بغير عوض ، فالمسوغ الوحيد لإجازتها هو هذا التشابه وهو مسوغ يؤدي إلى بطلان الوصية بالمنافع ، ويأتي عليها بالنقض ، فإن الإعارة تبطل بموت المعير ، ولا تثبت بعد موته ساعة من زمان ، وإذن فهذا المسوغ لا يصح أن يكون مجيزاً للوصية بالمنافع ، ولا يستطيع أحد أن يفرض مسوغاً سواه[1] .

وقد استدل الحنفية وغيرهم على جواز الوصية بالمنافع منفردة عن الرقبة بأن المنافع يعقد عليها في عقود الإجارة والإعارة وغيرهما ، ولاشك أن الوصية أوسع قبولا ، ولذا صح أن يكون المعقود عليه فيها غير موجود عند العقد ، وصح العقد فيها مع التعليق والإضافة ، فإذا جاز أن تكون

---

(١) راجع في هذا البدائع الجزء السابع .

المنافع محلا للعقد فى العقود الضيقة النطاق التى يبطلها التعليق ، فبالأولى تجوز فى الوصية وهى من أوسع العقود شمولا ، وأكثرها قبولا للشروط .

وردوا دليلى ابن أبى ليلى بأن الوصية بالمنافع تجعلها ملكا مقصوداً ، فإذا مات الموصى تصل إلى الموصى له فى الوقت الذى تصل فيه الرقبة إلى الوارث ؛ لأن كلتيهما تنال الملك بالخلافة عن المورث ، فتصل الرقبة إلى الوارث منفصلة عن منافعها ، ولا يوجد ما يحد إرادة الموصى فى الوصية ؛ لأنه مادام يملك الوصية بثلث ما يملك ، فله الوصية بالمنافع وحدها أو بها مع العين ولا دليل على التقييد والمنع ، بل إنه مادام يملك الوصية بالمنافع والذوات ، ، فبالأولى يملك الوصية بأحدهما ، فإذا أفرد المنافع بالوصية فقد فعل ماهو من ولايته .

وردوا الدليل الثانى بأن الوصية بالمنافع شابهت الإعارة فى أن كلتيهما تمليك بغير عوض ، فكان ذلك مسوغاً لجواز هذا النوع من الوصايا لهذا المعنى الجامع بينه وبين الإعارة ، وليس معنى ذلك أن يكونا متشابهين من كل الوجوه ، وإلا كانا عقداً واحداً ، فلابد إذن أن يختلفا فى بعض مشخصاتهما ، فالوصية تكون بعد الموت ، والعارية تكون حال الحياة ، وليس كون الوصية بعد الموت بمانع أن يسرى عليها الجواز الذى سرى على العارية المشابهة لها ، لأن للإنسان أن يتصرف فى ثلث ما يملك بعد الوفاة .

هذه أدلة الفريقين سقناها توضيحاً للفكرة ، وتثبيتاً لها ، ولكى يكون القارىء على إلمام بلب الفقه ومعناه ؛ فلب الفقه الاستدلال ورد الفروع إلى أصولها .

٣٢ — وملك الانتفاع وحده من غير ملك الرقبة يشمل نوعين من الحقوق ملك المنفعة وحق الانتفاع ، وقد عقدت كتب المالكية والشافعية

فصلا للتفريق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع ، وأحسن ما قيل فيه ما قاله القرافى فى كتابه الفروق وخلاصته أن حق الانتفاع هو الإذن للشخص فى أن يباشر هو الانتفاع بنفسه فقط كالإذن فى الجلوس فى المدارس والمساجد ، والأسواق والبيات فى المضايف ، ونحو ذلك فلمن أذن له فى ذلك أن ينتفع بنفسه فقط ، ويمتنع فى حقه أن يؤجر أو يعاوض بطريق من طرق المعاوضات أو يسكن غيره فى بيت من دار الضيافة .

وتمليك المنفعة أن يكون لشخص الحق فى أن يباشر الانتفاع هو بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة ، أو بغير عوض كالعارية ، كمن استأجر دار فله أن يؤجرها لغيره أو يعيرها ، وفى الجملة له أن يتصرف فى هذه المنفعة تصرف الملاك فى أملاكهم بالوجه الذى قيدت به أحكام العقد الذى استحقت بمقتضاه المنفعة .

وعلى ذلك نقول إن حق الانتفاع يثبت بأحد سببين (أحدهما) أن تكون الأعيان المنتفع بها مخصصة لمنفعة الكافة ، ولا يملكها واحد من الناس ، كالأنهر والترع التى تشقها الدولة ، والطرق غير المملوكة ، وكذلك ما خصصته الدولة لمنفعة فريق من الناس لاحظت فيهم شروطاً يجب أن تتحقق كالمدارس ، والمصحات وغير ذلك ، فما يتعلق بهذه الأعيان من الحقوق إنما هو من قبيل حق الانتفاع لا من قبيل ملك المنفعة .

(ثانيهما) الإباحة[1] فإنها تعطى للمباح له حق الانتفاع ، ولا تعطيه ملك المنفعة ، فليس له أن يملك المنفعة لغيره بعوض أو بغير عوض ، كمن يخصص داراً له لإيواء من انقطع بهم الطريق ، ولامكان يأوون إليه ،

(١) الإباحة أن يأذن شخص فى الانتفاع بماله أو امتلاكه لا على وجه التعاقد ولا يشترط أن يكون المأذون له بالانتفاع أو الامتلاك معلوماً بشخصه أو اسمه ، ومثال ذلك الضيافة العامة والخاصة ، ونثر النقود فى العرس (راجع هامش كتاب المعاملات الشرعية المالية لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد ابراهيم بك) .

فإن المنتفعين بهذه الدار لهم حق الانتفاع فقط ، إذ لا يملكون أن يملكوا غيرهم منفعة بعوض أو بغير عوض .

٢٣ — أما ملك المنفعة فيستفاد بأسباب أربعة ، وهى : الوقف ، والوصية ، والإجارة ، والإعارة .

(ا) والإعارة لا تسيغ للمنتفع أن ينتفع بطريق الاستغلال بأن يؤجر العين لغيره ، وينال الأجرة ، وذلك لأن من ملك المنافع بغير عوض لا يصح أن يملكها غيره بعوض ، ولأن الإعارة عقد لازم ، والإجارة عقد لازم ، فإذا ملك المستعير الإجارة إما أن نقول إن إجارته لازمة ، وعلى ذلك تكون الإعارة أيضاً لازمة ، لأنها مبنية عليها ، وذلك تغيير لوصفها الشرعى وأثرها الذى اعتبره الشارع مقتضى لها ، وإما أن تكون إجارة المستعير غير لازمة ، لأنها بنيت على عقد غير لازم ، وذلك أيضاً تغيير لوصف الإجارة الشرعى ، ومقتضاها الذى جعله الشارع أثراً لها ، فالإجارة من المستعير إذن تؤدى حتما إلى أحد أمرين كلاهما غير موافق لوصف أحد العقدين ومقتضاه[1] .

وهذا الحكم هو مذهب الحنفية والشافعى ، وأما مذهب مالك رضى الله عنه فهو أن من استعار عيناً ، فقد ملك منفعتها ، وإذا ملك منفعتها فله الحرية والسلطة المطلقة فى التصرف فيها فى مدة العارية بشرط ألا يضر بالعين ، وعلى ذلك يكون له أن يعير العين وأن يؤجرها[2] .

(ب) والإجارة تسوغ لمن ملك المنفعة بمقتضاها أن ينتفع بنفسه ، وأن ينتفع بطريق الاستغلال ، فله أن يؤجر العين ، ويأخذ أجرتها بشرط ألا تكون

---

(١) راجع الأشباه والنظائر .

(٢) راجع الفروق للقرافى الجزء الأول . وقد جاء فى تهذيب الفروق : « من شهدت له العادة فى العارية بمدة كانت له تلك المنفعة ملكا على الإطلاق يتصرف كما يشاء بجميع الأنواع السائغة فى التصرف فى المنفعة فى تلك المدة ، ويكون تمليك هذه المنفعة كتمليك الرقاب » .

المنفعة المعينة في العقد مما يختلف باختلاف المنتفعين ، فإذا كانت مما يختلف باختلاف المنتفعين ، ولم يجز المؤجر للمنتفع أن يؤجرها لغيره أو يعيرها ، فليس له أن يؤجر أو يعير ، لأنه إن فعل يكون قد فعل غير المتفق عليه ، وهو المنفعة المعلومة في العقد ، ولا شك أن الإجارة لا تعطى من المنافع إلا النوع المتفق عليه ، فتمليك المنفعة التي تختلف باختلاف المنتفعين من غير إجازة المالك سواء أكان بعوض أم بغير عوض — تمليك غير المتفق عليه أو تمليك ما لا يملك ، وذلك لا يسوغ ولا يجوز من غير إذن المالك .

(ج) وأما الوقف والوصية فللمنتفع بسببها أن ينتفع بالاستغلال أو بالاستعمال إن نص عند إنشائهما على أن له أن ينتفع كيف شاء ، وإن نص على واحد منهما ومنع من الآخر كأن ينص على الاستعمال ، ويمنع بالنص من الآخر ، أو العكس ، فليس له إلا ما نص عليه لأن الشروط التي يذكرها الواقفون أو الموصون في الوقف أو الوصية هي التي تنظم طريق الانتفاع ، وبمقتضاها يتمكن المنتفع منه . ولذا ورد على أقلام الفقهاء شرط الواقف كنص الشارع . وذلك كلام سائغ فيما أعطاه الشارع له من حقوق في الوقف ، ومثل ذلك الوصية .

وإن نص على الاستغلال وسكت عن الاستعمال من غير إجازة او منع ، فقد اختلف فقهاء الحنفية . ففريق قال إنه يملك الاستعمال والاستغلال ؛ لأن من ملك أن يملك المنفعة لغيره بعوض يملكها بالأولى لنفسه . وليس الاستغلال إلا بأن يملك المنافع لغيره بعوض . ولأنه لا فرق بين استعماله واستعمال غيره . بل إن استعماله مظنة الرفق بالعين . والرعاية لها والمحافظة عليها .

وقال فريق آخر وهم الأكثرون عدداً أن من ملك الاستغلال لا يملك الاستعمال ما دام لم ينص عليه ، لأن المنتفع يستمد هذا الحق من نص الواقف أو الموصى . والذى نص عليه هو الاستغلال فقط . والاستغلال والاستعمال

أمران متغايران ، ووجهان من أوجه الانتفاع متباينان ، فالنص على أحدهما لا يقتضي إجازة الآخر .

ومثل النص على الاستغلال من غير نص على الاستعمال في الحكم الحال التي يطلق فيها الواقف أو الموصى فلا يذكر استغلالا أو استعمالا ، فإنه ينصرف الإطلاق إلى الاستغلال ، وكأنه نص عليه من غير ذكر الآخر ، وذلك مبني على قاعدة أصولية ، وهي أن المطلق ينصرف إلى الفرد الكامل ، وكأنه ذكره ، ففي هذه الحال قد ذكر في الوصية والوقف الانتفاع مطلقا من غير نص على أحد فردي الانتفاع وهما الاستعمال والاستغلال ولا شك أن الاستغلال أكمل من الاستعمال ؛ لأنه أوسع نطاقا في التصرفات ، فينصرف إطلاق الانتفاع إليه .

وإذا نص الواقف أو الموصى على الاستعمال فقط ، ولم يتعرض للاستغلال بإجازة أو منع ، فإن فقهاء الحنفية مجمعون على أنه لا ينتفع إلا بطريق الاستعمال ، ولا يسوغ له الاستغلال ؛ لأن من ملك حق الاستعمال بمقتضى الوقف أو الوصية قد ملكه بغير بدل فلا يملكه من غير بدل ؛ والاستغلال يقتضي ذلك ، فهو إذن لا يجوز ، لأن الملك ببدل أقوى من الملك من غير بدل ، ومن ملك الأضعف لا يملك الأقوى .

٢٤ — والوقف في مذهب مالك إن كان على السكنى كان معطيا حقاً الانتفاع للمستحق ، ولا يكون مملكا للمنفعة ، وإذن يكون للمنتفع أن ينتفع بنفسه فقط وليس له أن يعير المنفعة لغيره فضلا عن أنه ليس له الاستغلال بوجه من الوجوه ، وهذا نص ماجاء في الفروق للقرافي : « وإذا وقف وقفاً على أن يسكن أو على السكنى ولم يزد على ذلك فظاهر اللفظ يقتضي أن الواقف إنما ملك الموقوف عليه الانتفاع بالسكنى دون المنفعة ، فليس له أن يؤجره غيره ، ولا يسكنه ، وكذلك إذا صدرت صيغة تحتمل تمليك الانتفاع أو تمليك

المنفعة ، وشككنا في تناولها للمنفعة قصرنا الوقف على أدنى الرتب ، وهى تمليك الانتفاع دون المنفعة ، فإن قال فى لفظ : « ينتفع بالعين الموقوفة بجميع أنواع الانتفاع » ، فهذا تصريح بتمليك المنفعة ، أو يحصل من القرائن ما يقوم مقام هذا التصريح من الأمور العادية أو الحالية ، فإنا نقضى بمقتضى تلك القرائن ، ومتى حصل الشك وجب القصر على أدنى الرتب ؛ لأن الأصل بقاء الأملاك على ملك أربابها ، والنقل والانتقال على خلاف الأصل ، فمتى شككنا فى رتب الانتقال حملناه على أدنى الرتب إبقاء للأصل ، وعلى هذه القاعدة مسائل فى المذهب » ، وظاهر من هذه العبارات ، وعموم الأصل الذى انبنت عليه تكون أحكام الوصية كأحكام الوقف ، وخلاصة القول فى ذلك أن عبارة الواقف أو الموصى إن أفادت لنصها أو بالقرائن اللفظية الحالية أنها ملك المنفعة كان للمنتفع الاستعمال والاستغلال ، وإن أفادت ملك الانتفاع كان له الاستعمال دون الاستغلال ، وإن كانت العبارة تحتمل أحد الأمرين حملت على أدنى رتب الانتفاع ، وهى حق الانتفاع فقط ، فيكون له الاستعمال دون الاستغلال .

وفى مذهب الشافعى وأحمد بن حنبل رضى الله عنهما الوقف والوصية يملك المنتفع بسببهما المنفعة لا حق الانتفاع ؛ إلا إذا نص على أن المنتفع له حق الانتفاع فقط أو دلت قرائن الأحوال على ذلك ، كالانتفاع بالخانات والمصحات والمدارس الموقوفة ، فإن المنتفع لا يملك إلا حق الانتفاع أما فى غير هذه الأحوال فيملك المنتفع المنفعة سواء أكان الوقف أو الوصية للسكنى والاستعمال فقط أم للاستغلال فقط أم لهما فمن ملك أحدهما على جهة الاختصاص ملك الآخر ، لأن مقتضى الوقف أو الوصية فى هذه الحال ملك المنفعة ، لا حق الانتفاع ، وملك المنفعة يعطى المنتفع حق الاستعمال والاستغلال على ماهو مقرر .

خواص ملك المنفعة وحق الانتفاع :

٢٥ — (١) المنتفع فى ملك المنفعة حق متعلق بالعين ، ولكن العين ملك لغيره ، وإنما استفاد هو ذلك الحق من مالك العين ، ولذلك كان المنتفع مطالباً بالمحافظة على العين المنتفع بها محافظته على ماله ، لكى يعيدها إلى مالكها صحيحة سليمة ، وإذا هلكت بفعله أو بتقصيره فى المحافظة عليها كان ضامناً لصاحبها قيمتها إن كانت قيمية ومثلها إن كانت مثلية ، ولا يضمن إن هلكت من غير تعد أو تقصير فى المحافظة عليها .

(٢) وملك المنفعة يقبل التقييد بالشروط فى أوجه الانتفاع ، وفى زمان الانتفاع وفى مكانه ، وهو يخالف بذلك الملك التام ؛ فإنه لا يقبل التقييد بالشرط على ما أسلفنا من القول .

(٣) وملك المنفعة لا يورث ، بل ينتهى بوفاة المالك ، ولا ينتقل لورثته وهو بذلك يخالف الملك التام ، وملك الرقبة فانهما يورثان ، وينتقلان بالخلافة إلى الوارث . وخالف فى ذلك الشافعى فقال إن ملك المنفعة يورث .

ضمان العين المنتفع بها :

٢٦ — للانتفاع بالعين حالان : (إحداهما) ألا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ، بل الانتفاع بها باستهلاكها ، وذلك يكون فى إعارة بعض المثليات فإن الانتفاع بها يكون باستهلاكها غالباً ، ففى هذه الحال لا ترد ذات العين المنتفع بها بل يرد مثلها ، ويكون عقد العارية فى هذه الحال عقد قرض .

(ثانيتهما) أن يكون الانتفاع بالعين مع بقائها ، وفى هذه الحال تكون العين أمانة فى يد المنتفع ، فإن تلفت من غير تعد ولا تقصير أو تعييب لذلك لا يضمن شيئاً ، لأن يد الأمانة غير ضامنة .

وإن تلفت بتعد أو تقصير فى الحفظ أو تعيبت ضمن قيمتها أو مثلها عند الهلاك ، وضمن نقصان العيب عند التعيب ، والتعدى يثبت بإحدى صورتين (أولاهما) أن يتلفها أو يعيبها بعمل مقصود به الإتلاف أو التعيب ، (وثانيتهما) أن يتجاوز الشروط التى قيده بها المالك ، أو يتجاوز الأمد الذى عينه له أو يحبس العين بعد انقضاء المدة المحدودة ، ففى كل هذه الصور يكون المنتفع متعديا وتنتقل يده من يد أمينة إلى يد ضامنة .

وينتهى ملك المنفعة ، بوفاة مالك العين أو المنتفع كما أشرنا ، وبانقضاء المدة التى عين الانتفاع بها وبهلاك الشىء المنتفع ، أو تعذر استيفاء المنفعة المتفق عليها منه ، ومتى انتهى حق الانتفاع والعين الباقية سلمت العين إلى مالكها ، إلا إذا كان فى تسليمها ضرر على المنتفع ، كأن تنتهى مدة الإجارة ، والزرع بقل لم ينضج ، فإنه يترك بأجر المثل ، وإذا مات المستأجر والزرع بقل ترك فى يد الوارث بالأجر المسمى إن كانت مدة الإجارة لا تزال باقية لم تنته ، فإذا انتهت كان على الوارث أجر المثل إذا كان الزرع لا يزال بقلا[1] .

٢٧ — ولم نجد القانون المدنى خالف الشريعة فى ملك المنفعة مخالفة كبيرة ، وجملة ما خالفها فيه ترجع إلى أمور منها :

(١) أن ملك المنفعة ينتقل إلى الوارث بعد وفاة مالكها ، إذا كانت المدة معينة لم تنته المدة ، ومذهب الحنفية غير ذلك ؛ لأن ملك المنفعة فيه لا يورث بل بمجرد وفاة أحد العاقدين فى العقد الذى ملكت المنفعة بمقتضاه يفسخ العقد ، وينتهى ملك المنفعة على النحو الذى ذكرناه . ومذهب الشافعى كالقانون المدنى .

---

(١) راجع مذكرات المعاملات فى فقه أبى حنيفة التى كتبها بعض أساتذة مدرسة القضاء الشرعى للسنة الثانية من القسم الأول بها . وراجع البدائع فى الإجارة .

(٢) أن القانون المدنى يفرض أن حق المنفعة قد يكون أبديا ، ولكن عقد المنفعة المؤبد لا يكون بين آحاد الناس بعضهم مع بعض ، بل يكون بين الدولة وآحاد الناس . والأصل فى ذلك أن أكثر أراضى مصر كانت معتبرة ملكا للدولة ، ويد الزارع عليها يد مستأجر منتفع ، لا يد مالك للعين ، ولكنه حق دائم غير مقيد ، وينتقل بعد المنتفع إلى الورثة الذين أجيز لهم بمقتضى القانون أن يحلوا محل مورثهم . ولكن بعد أن صارت تلك الأراضى التى كانت يد الناس عليها يد منتفع مملوكة ملكا تاما لواضعى اليد عليها بمقتضى الأمر العالى الصادر فى ١٥ أبريل سنة ١٨٩١ للقضاء الأهلى ، والأمر العالى الصادر بتاريخ ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦[1] — بعد هذا أيبقى حق الانتفاع الأبدى ؟ ولقد كان ذلك مفروضاً فى تلك الأراضى ، التى قد زالت ملكية الدولة عنها ، وأصبحت ملكا تاما لواضعى اليد ، وما تملكه الحكومة من أراض غيرها إنما تملكه ملكية خاصة تتصرف فيه على أنها شخص معنوى له ما لكل الأشخاص من تصرفات . لذلك لا نرى أن تلك المنفعة الأبدية (إذا كان ذلك أصلها) باقية إلى الآن .

(٣) أن حقوق مالك المنفعة والعين المنتفع بها أوسع فى القانون منها فى الشريعة « فلمالك المنفعة فى القانون المدنى جميع حقوق المالك فيما ملك وعلى قدر ملكه فله الانتفاع بالشىء مباشرة أو بالواسطة كالإجارة أو الشركة أو المزارعة وغير ذلك ، وله أن يرهنه بجميع أنواع الرهن ، ويرتب عليه حقوق ارتفاق ، وأن يتصرف بالبيع والبدل ، وغير ذلك من التصرفات الجائزة فى الملك شرعا »[2] .

ونرى من ذلك أن القانون أعطى مالك المنفعة من التصرفات ، وسوغ

---

(١) راجع المجموعة المدنية والملكية العقارية فى مصر للأستاذ الجليل الدكتور كامل بك مرسى ، وشرح القانون المدنى للمرحوم فتحى زغلول باشا .

(٢) العبارة منقولة بنص تقريباً من شرح القانون .

له من العقود ما لم تسوغه الشريعة ، فالرهن مثلا لا يجوز من المنتفع في الشريعة ، ولكنه يجوز في القانون .

حقوق الارتفاق

٢٨ — حق الارتفاق حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر ، مالكه غير مالك العقار الأول ، وهو يشبه حق الانتفاع من حيث أنه ليس فيه ملكية تامة لمالك العقار المنتفع ؛ بل إن بعض المؤلفين يعده من أقسام حق الانتفاع[1] .

وحقوق الارتفاق ثلاثة : حق الشرب ، وحق المسيل ، وحق المرور . وهذه تشملها أحكام عامة ، وتخص كل واحد منها أحكام ، أما العامة ، فهي أنها جميعا ، لابد لثبوتها من الا يكون في استعمالها أذى يلحق غيره ، كأن يكون استعمال حق الشرب في سقي أراض واسعة يأخذ ماء كثيرا يضر فيجعل الشركاء في الترعة الخاصة ، أو المنتفعين في الترعة العامة أو النهر العام عرضة للحرمان من السقي ، وأخذ نوبتهم ، ففي هذه وأمثالها يمنع الشخص بمقدار ما يزيل الضرر كذلك حق المرور يجعل لك حق المرور إلى منزلك أو لزرعك من طريق ، بشرط ألا تضر غيرك ، بأن تلقي فيه قاذورات ، أو تعمل ما فيه احتمال الضرر ، كأن تسير بعربتك في غير الجانب المخصص لسيرها من الطريق ، حتى لا تصطدم بغيرها .

ويثبت أي حق من حقوق الارتفاق بواحد من ثلاثة أسباب : (أحدها) أن يتعلق الحق بمرتفق عام ، فيثبت لكل من يتصل به عقاره حق الارتفاق فيه شربا ، أو مسيلا ، أو مروراً ، (ثانيها) الإذن من المالك إذا كان العقار المتعلق به الحق مملوكا ملكا خاصا ؛ فإنه بهذا الإذن يصير له حق الارتفاق

---

(١) راجع كتاب الأستاذ الجليل الشيخ أحمد ابراهيم بك في المعاملات الشرعية المالية .

على عقار الآخر ، (ثالثها) القدم ؛ فإذا وجد أن لعقار على آخر حقاً مقرراً ، حفظ له ذلك الحق مادام لم يعرف وقت حدوثه ، وإن علم وقت الحدوث ذلك فإن كان مثبتاً لذلك الحق كان للعقار الحق بهذا السبب المثبت ، وإن كان غير مثبت بأن كان سبباً باطلا وعلم ذلك بالبينة حكم ببطلانه ، وفى الجملة القدم مثبت مالم يقم دليل على بطلان السبب الذي اعتمد عليه بعد ثبوت أوليته .

حق الشرب ، والمجرى :

٢٩ — والآن نتكلم فى كل حق من هذه الحقوق ، ومايخصه من أحكام ، ولنبدأ بحق الشرب : الشرب فى اللغة معناه الحظ والنصيب من الماء ، قال الله تعالى عز شأنه « وهذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم » ، وقال تعالى « ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر » .

وفى الشريعة النصيب من الماء لسقى الزرع والشجر ، ويقابل حق الشرب الذى خص بسقى الزرع والشجر — حق الشفة فهو خاص بشرب الحيوان والإنسان ومنفعته بالماء كالوضوء والغسل ونحو ذلك ، والمياه بالنسبة لحق الشرب والشفة ثلاثة أقسام :

القسم الأول : الأنهار العامة وماتفرع عنها من ترع أنشأتها الدولة لمنافع الناس ورى أراضيهم ، ولكل إنسان أن ينتفع من هذه المياه ، ويشرب منها هو وحيوانه ، ويسقى زرعه وغرسه وينصب عليها الرحى[1] ، ويكرى نهراً منها إلى أرضه بشرط ألا يضر ذلك بالعامة ، وذلك لأن ماء هذه الأنهار غير مملوك لأحد ، لأن الملك إنما يكون بالاستيلاء والقهر والإحراز ، ومياه هذه الأنهار غير محرزة ولامقهورة ولا محل استيلاء أحد ؛ وفوق ذلك

(١) الرحى هى مانسميه الساقية فى عرفنا الحاضر .

فهذه الأنهار غير مملوكة الرقبة لأحد على الخصوص، فليس ماؤها بمملوك، وليست هى بمملوكة، ولذا بقى ماؤها على أصل الإباحة، وصار الناس فيه شركاء بمقتضى الشركة الطبعية فى الإباحة، لقوله عليه السلام «المسلمون شركاء فى ثلاثة فى الماء والكلأ [١]، والنار»، والشركة فى هذا الحديث شركة إباحة، فمن سبق إلى شىء منها واستولى عليه، وأحرزه دخل فى ملكه، ولهذا كله كان لكل إنسان فيه حق الشفة والشرب، مطلقاً من غير قيد إلا قيداً واحداً وهو ألا يترتب على تصرف الإنسان ضرر بالعامة، لأن الضرر يجب أن يزول [٢]. وقد جاء فى البدائع أن من أضر بالنهر أو ما يتفرع منه من مياه عامة فلكل واحد من المسلمين منعه، لأنه لعامة المسلمين، وإباحة التصرف فى حقهم مشروطة بعدم الضرر.

٣٠ — القسم الثانى: المياه التى تجرى جريا متتابعا فى ملك خاص:
وذلك مثل النهيرات التى يكريها الناس فى مزارعهم لتوصل المياه إلى كل أجزائها، والماء فى هذه الحالة غير محرز؛ لأن صاحب الأرض لم يستول عليه، ولم يقهره، لأنه يجرى متتابعاً، فلم يقع فى سلطانه، ولكنه يجرى فى أرض مملوكة له؛ فكان له حق فيه ليس لغيره، ولذا كان حكم هذا الماء أنه يثبت فيه حق الشفة لكل إنسان، ولكن لا يثبت حق الشرب إلا بإذن صاحبه.

أما ثبوت حق الشفة: (١) فلأن الماء ما زال باقياً على أصل الإباحة، لأن أحداً لم يستول عليه، ولم يحرزه، فهو ليس بمملوك لأحد فصار لكل إنسان أن ينتفع به فى الشرب وقضاء حاجاته، وأن يسقى دوابه، وصار كظبى تسكن فى أرض إنسان، فلكل إنسان أن يصيده، مادام صاحب الأرض

---

(١) الكلأ المباح هو الحشيش الذى ينبت بغير انبات الإنسان.

(٢) قامت لائحة الرى منظمة للانتفاع بماء النيل وترعه العامة تنظيما يمنع أن يترتب على تصرف المنتفعين ضرر بالكافة.

لم يجعلها شركا لصيده ، (٢) ولأن رسول الله صلى عليه وسلم نهى عن منع نبع البئر ، (٣) ولأن الحاجة إلى الماء تتجدد ساعة بعد ساعة ، ومن خرج مهاجراً ضارباً فى الأرض لا يمكنه أن يستصحب ما يكفيه إلى أن يرجع إلى أهله ، فيحتاج إلى أن يأخذ من ماء الآبار التى تكون فى طريقه لنفسه ودابته . وصاحب الأرض لا ضرر يلحقه من أخذ قدر من الماء لشرب الشخص ودابته ، بينما هذا لو منع منه يلحقه حرج شديد وضرر عظيم ، فكان من المعقول أن يزال هذا الضرر العظيم بأمر لا يضر الآخر ، وإن مسه منه ضرر فهو يسير ، والضرر اليسير يدفع به الضرر الخطير ، وذلك أمر مقرر فى الشرع .

وأما عدم إباحة سقى الزرع فلأن فى إباحته إلحاق ضرر عظيم بصاحب الأرض ؛ إذ فيه احتمال إبطال حق صاحبه الذى أجرى الماء فى ملكه الخاص ، إذ بإباحة الشرب سيكون متساوياً مع كل من له أراض تسقى منه ، وبذلك لا يكون له حق ممتاز مع أن الملكية للأرض التى يجرى فيها الماء أوجد لها امتيازاً بذلك الملك الذى قدمه ، ولأن الشرب لاحد للماء الذى يؤخذ فيه ، إذ ليست له نهاية معلومة ، وقدر معلوم ، ففى إباحته تعرض لضرر الحرمان من الانتفاع ، ولا شك أن الضرر الكبير لصاحب حق يدفع به ضرر غيره ولو كان كبيراً ، لأنه لم تترتب له حقوق أثبتتها ملكية خاصة له ، وعلى هذا لا يثبت الشرب فى هذا النوع من المياه إلا بقدم غير معروف أوله ، أو بإذن خاص من المالك .

٣١ — هذا ويلاحظ ثلاثة أمور : أولها أنه يجب على من يسقى دوابه من ماء يجرى فى ملك خاص أن يحافظ على حافتى النهر والبئر ، لأن الشرط فى استعمال الحقوق ألا يترتب على استعمالها ضرر ، ولا شك أن تخريب جانبى النهر أو جوانب البئر فيه ضرر كبير بصاحب الملك ، والضرر واجب الإزالة ،

ولذا إذا خيف تخريب النهر من كثرة الدواب كان لصاحبه أن يمنعها إذ الحق له بصفة خاصة ، وإنما ثبت لغيره حق الشفة للضرورة ، ولا معنى لإثباته على وجه يتضرر به صاحبه ، لأنه بهذا تبطل منفعته ، فيذهب بذلك ماله من حق خاص ، ولا يصح أن يضيع الحق الأصلي في سبيل حق ثبت للضرورة دفعاً للأذى عن الناس وسداً لحاجاتهم.

وثانيها : أنه إذا كان نبع الماء أو النهر المملوك ملكا خاصاً يمكن الوصول إليه بطريق ليس مملوكا ملكا خاصاً فعلى المستسقى منه لنفسه أو لدوابه أن يسلكه ، وليس له أن يصل إليه من أرض صاحب البئر أو النهر ولهذا أن يمنعه ، لأن دخول أرضه إضرار به ولا ضرورة تدفع إليه ، فلا يصح له أن يجتازها ، وإن لم يمكن الوصول إلى ماء الجدول أو البئر إلا بدخول الأرض ، واضطروا إلى أن يشربوا من هذا الماء ، لعدم وجود غيره يقال لصاحب الأرض إما أن تأذن لنا بالدخول ، وإما أن تحمل إلينا الماء ، فإن لم يفعل دخلوا وأخذوا من الماء ما يكفيهم ، لأن الضرورة تدفعهم إلى هذا الصنيع ، إذ هم في حاجة إلى الماء ، ولا ماء سوى ما في هذا الجدول أو هذه البئر ، ولا طريق إليه إلا أن يدخلوا أرضه ، وهو متعنت في منعهم ، والضرورات تسد وتدفع ما دام لا ضرر منها على أحد ، ولا ضرر هنا على صاحب الأرض .

وثالثها : أنه إن منعهم صاحب البئر أو النهر من أن يشربوا من مائه أو يسقوا دوابهم وكانوا في اضطرار إليه كان لهم أن يقاتلوه بالسلاح ، (وإن كان الأولى أن يقاتلوه أولا بغير السلاح) ليأخذوا منه قدر ما يدفع الهلاك عنهم ، وذلك لما روى من أن قوماً وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر ، فأبوا . وسألوهم أن يعطوهم دلواً ، فأبوا فقالوا لهم إن أعناقنا وأعناق مطايانا

كادت تقطع ، فأبوا . فذكروا ذلك لسيدنا عمر رضى الله عنه فقال : هلا وضعتم فيهم السلاح . ولأن الماء مادام غير محرز ، وما دام يجرى متتابعاً فهو على الإباحة الأصليه ، ولكل إنسان حق أخذه والشرب منه ، ومن يمنع أحداً من أخذ ما له حق فى أخذه كان له أن يقاتله بالسلاح ، كمن يمنع إنساناً من ماله المملوك له ملكا خاصاً له أن يقاتله بالسلاح ، حتى يصل إلى ماله .

وإذا كانت الشفة تأتى على كل ما فى النهر أو البئر من ماء فقد اختلف الفقهاء ، فقال بعضهم ليس له المنع ؛ لأنه غير مملوك له ، فلا يصح أن يمنع أحداً منه مادام يريد الرى لنفسه ودوابه ولما ورد فى ذلك من الآثار التى سقناها . وقال بعضهم وهم الأكثرون إن له أن يمنع ، لأنه يلحقه ضرر بذلك ، إذ يضيع حقه ، لأنهم يأتون على كل الماء ، وحقه أولى بالرعاية لأن الماء يجرى فى ملكه ، وعلى ذلك تصير الشفة فى هذه الحال كالشرب ، بل أولى بالمنع ، لأن ضياع حقه فى هذه الحالة محقق ، وهو فى الشرب محتمل ، وإذا كان مع الاحتمال منع الشرب ، فعند تحقق الضرر من الشفة تمنع أيضاً .

٣٢ — مما ذكرنا يستفاد أن الماء الذى ينبع فى ملك خاص لا يقع فى ملك أحد ما دام يجرى جرياً متتابعاً ، وذلك باتفاق عند الحنفية ، وعند الحنابلة هو موضع خلاف فى الروايات . فرواية تبين أن الماء مملوك لصاحب النبع ، لأن الماء وإن كان مباحا فى الأصل قد صار فى حيازة شخص ، فصار كالصيد يدخل مكاناً أعد له ، ليكون شرك الاصطياد . والأكثرون على أنه غير مملوك . ومهما يكن من أمر هذا الخلاف فقد اتفق الحنابلة كسائر الفقهاء على أن لكل إنسان أن يستقى من الماء الجارى لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه ، وينتفع به فى أشباه ذلك مما لا يؤثر فيه بغير إذنه ، وقد قال المغنى « لا يحل لصاحبه المنع لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ثلاثة لا ينظر الله إليهم ، ولا يزكيهم ، ولهم عذاب أليم : رجل

كان بفضل ماء بالطريق ، فمنعه ابن السبيل ، وعن بهيسة عن أبيها أنه قال : يا نبي الله ما الشيء الذى لا يحل منعه ؟ قال الماء . قال يانبي الله ما الشيء الذى لا يحل منعه ؟ قال : الملح . قال يانبي الله ما الشيء الذى لا يحل منعه ؟ قال : « أن تفعل الخير خير لك » . ولأن ذلك لا يؤثر فى العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر . فأما ما يؤثر فيه كسقى الماشية الكثيرة ونحو ذلك ، فإن فضل الماء عن حاجة صاحبه لزمه بذلك لذلك، وإن لم يفضل لم يلزمه »[1] .

٣٣ — **القسم الثالث المياه المحرزة** : وهذه المياه تدخل فى ملك صاحبها ، لأن الماء وإن كان مباح الأصل قد صار بالاستيلاء عليه مملوكا ملكا خاصاً لمحرزه ، وفقد بذلك ما كان له من صفة الشركة الطبيعية ، وصار بذلك كالحطب المحرز والحشيش والصيد وغيرهما مما كان فى أصله مباحاً ، ووقع فى الملك الخاص بالاستيلاء . ولأن العادة جرت فى الأمصار وكل الأعصار باستيلاء السقائين على المياه وبيعها واستحلال ثمنها من غير نكير ، فكان ذلك دليلا على ثبوت الملك التام فيه عند الناس جميعاً ، وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن .

غير أنه يلاحظ أمران : (أحدهما) أن الماء وإن صار ملكا بالإحراز لا تزال فيه شبهة الشركة الطبعية التى أثبتها الحديث الصحيح : « الناس شركاء فى ثلاثة الماء . إلخ » لأن تلك الشركة التى نص عليها الحديث ، وإن أزالتها اليد التى ثبتت بالاستيلاء قد بقيت شبهتها ، ولذا لو سرق أحد من آخر ماء تبلغ قيمته حد النصاب (كأن يكون الماء قد غلا ثمنه لقلته) لا يجب حد السرقة ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات كما وردت بذلك الآثار ، ولا شك أن شبهة بقاء الشركة الطبعية بالإباحة من هذا النوع الذى يدرأ به الحد .

---

(١) وذلك هو رأى الأكثرين فى مذهب الحنفية كما علمت .

(ثانيهما) أن من يخاف على نفسه الهلاك ، وليس معه ماء فسأل من معه الماء المحرز فمنعه كان له أن يقاتله بغير سلاح حتى يأخذ منه ما يقفع به غلته . وذلك إذا كان صاحب الماء معه منه ما يفضل عن حاجته ، أما إذا كان ما معه لا يزيد عن حاجته ، فليس لهذا أن يقاتله ؛ لأن القتال إنما هو لدفع الهلاك عن نفسه ، ولا يصح أن يدفع الهلاك عن نفسه بإهلاك آخر هو أولى بالماء منه ؛ لأنه مالك له . وإنما كان لمن يخشى على نفسه الهلاك أن يقاتل من غير سلاح عند وجود الزيادة فى الماء ، ولم يبح له القتال بالسلاح ؛ لأن الماء فى هذه الحال مملوك فصار كالطعام المملوك إذا اضطر شخص إليه ، فلابد من مراعاة حرمة الملك ، وكان الأصل ألا يقاتله قط احتراماً للملكية ، ولكن العطش والجوع الشديدين دفعاه لأن يطلبه ، وأن يقاتل عليه حفظاً لنفسه ، فأبيحت المجاهدة فى هذا حفظاً لنفسه ، وإبقاء عليها ، وبقى حمل السلاح على أصل تحريمه العام فكان له أن يغالب لينال القوت أو الماء ، ولكن من غير سلاح .

٣٤ — مما سبق يستبين أن حق الشرب يكون فى نوعين من المياه أحدهما الأنهر والترع العامة . والشرب يكون للشخص فيه بلا قيد ولا شرط إلا إذا كان فى عمله ما يضر ضرراً عاما ، أو فيه احتمال ذلك ، وثانيهما المياه التى تجرى فى مجار مملوكة ملكا خاصاً إذا كان لأرضه عليها حق شرب قديم لم يعرف أوله ، أو كان إذن خاص من صاحب النهر ، ويلاحظ ما يأتى :

(١) إذا تعلق حق الشرب بالأنهار العظام والترع العامة فلصاحب الأرض أن يشق الجداول فى ملكه لسقى أرضه إن كانت بعيدة عن الترعة العامة ، كما له أن ينشىء الرحا لكن ذلك مشروط بألا يضر بالعامة كما بينا ، كأن يفيض الماء فى أرضه بكثرة ، بحيث يمنع السفن الجارية من الجريان عليه ، أو ينقطع عن الناس[1] .

---

(١) جاء فى البدائع : سئل أبو يوسف عن نهر مرو ، وهو نهر عظيم . أحيا رجل—

(٢) إذا كان حق الشرب متعلقا بنهر مملوك ملكا خاصا كان لكل من تعلق به حقه فى الشرب منه أن يتوزعوه بينهم بقسمة عادلة إما بالفتحات يفتحونها منه ، وإما بالمناوبات الزمانية ، وغير ذلك مما يرونه أعدل وأمثل ، وأصلح للزرع ، وأبقى على الثمر .

(٣) وليس لشخص أن يسقى أرضه إلى حد أن يسرى الماء إلى أرض غيره ، فيضر زرعه ، ويمنعه من حرثها وإصلاحها لبذر الحب فيها ، وإذا نزت الأرض بملئها فى أرض جاره ، فإن كان سقيه لأرضه فوق المعتاد أو فى غير نوبته ضمن ما يحصل من التلف فى أرض جاره ؛ لأنه بذلك متعد ، إذ ليس له أن يزيد عما له من حق السقى بالزيادة عن المعتاد أو بالسقى فى غير نوبته ، ومن تعدى بالقيام بعمل ليس له أن يقوم به ضمن ما يترتب عليه من إضرار بغيره ، وأما إذا نزت الأرض بسقى معتاد لا زيادة فيه ، وكان السقى فى نوبته ، فلا يضمن ؛ لأنه ليس بمتعد فى الإضرار بغيره ، وشرط وجوب الضمان أن يكون متعديا ولا تعدى هنا ، وإن كان هو المتسبب ؛ لأن التسبب وحده لا يكفى فى الضمان مادام العمل مشروعا سائغا ، ألا ترى أن من يحفر بئراً فى أرضه لا يضمن ما يعطب فيها ، وإن كان السبب من جانبه ؛ لأن حفر الإنسان بئراً فى أرضه أمر مشروع . ولأننا لو ضمنا صاحب الأرض التى نزت بالسقى المعتاد فى النوبة لكان فى ذلك منع له من استعمال حقه فى السقى ، لأنه إذا كان كلما سقى ضمن كان ذلك تحريما للسقى عليه ، وبهذا نكون قد دفعنا الضرر عن الجار بضرر المالك ضرراً أشد ، وهو صاحب الحق ،

— أرضا كانت مواتا ، فحفر لها نهراً فوق مرو من موضع ليس يملكه أحد ، فساق الماء إليها من ذلك النهر ، فقال أبو يوسف : إن كان يدخل على أهل مرو ضرر فى مائهم ليس له ذلك وإن كان لا يضرهم فله ذلك ، وليس لهم أن يمنعوه .

ولا تصح دفع الأضرار الخاصة بإضاعة الحقوق ، وإلحاق أضرار أشد ، لأن ذلك ظلم لا يقره شرع .

٣٥ — ويتبع حق الشرب حق المجرى ، لأن حق المجرى معناه أن يكون لعقار على آخر حق مرور الماء الصالح لسقى الزرع أو الشجر منه إذا كان مالك الثانى غير مالك الأول ، وحق المجرى يثبت بالأمور التى ذكرناها أولا ، فى الأحكام التى تعم كل حقوق الارتفاق .

ثم إن المجرى الذى فى أرض الغير (١) قد يكون ملك صاحب الأرض التى تسقى منه ، وإن كان يخترق أرض غيره ، (٢) وقد يكون ملك صاحب الأرض التى اخترقها ، (٣) وقد يكون ملكا مشتركا لكل أصحاب الأرض التى تحيط بها ، ولكل أحكام ، قوامها دفع الأضرار الخاصة ما استطاع أصحاب الحقوق إلى ذلك سبيلا ، ومراعاة العرف ، وبقاء القديم على قدمه فيما لا إثبات فيه واحترام ما يتفق فيه أصحاب هذه الحقوق ، لأن الاتفاق شريعة المتعاقدين فيما لا مورد للنص فيه ، ويشرط ألا يكون فى الاتفاق جهالة تفضى إلى التنازع .

وفى الحالة الأولى والثانية وهما إذا كان للإنسان مجرى يخترق أرض غيره ، سواء أكان المجرى ملكه أم له فيها حق الشرب فقط ، وهو ملك لصاحب الأرض يكون لصاحب حق المجرى حق السقى منه ، وليس لصاحب الأرض أن يمنعه ، والمجرى يعتبر فى يد صاحب الشرب منه ما دام يجرى فيه ماؤه ، وعلى صاحب الأرض إن أراد أن يمنعه ، ويدعم المنع بحق له — أن يقيم هو الدليل ، لأنه مدع ، وصاحب الماء مدعى عليه . وإن لم يكن ثمة ماء جار فى المجرى ، فعلى صاحب الماء أن يقيم الدليل على أنه له حق إجراء الماء إن كان لا يدعى ملكية المجرى ، بل يدعى حق الإجراء فقط ، ويقيم الدليل على الملك إن كان يدعى ملك المجرى ، وإنما

كان عليه هو أن يثبت إذا لم يكن فى المجرى ماء يجرى إليه لأنه فى هذه الحال لا يعتبر واضع اليد ، بل يعتبر صاحب العين هو مالك الأرض ، فيعتبر مدعى عليه ، وصاحب الشرب مدعياً ، والإثبات على المدعى ، إذ اليد شاهدة بالملك لصاحبها ، ما لم يقم دليل على نقيض ما تشهد .

وإذا احتاج المجرى إلى اصلاح ، لتصل المياه كان الإصلاح على صاحب الماء ، لأن الغرم بالغنم ، وهو الذى ينتفع بالماء فعليه ضمان صلاحية العين التى توصل المياه إليه ، لأن الخراج بالضمان .

٣٦ — وإن كان المجرى ملكا مشتركا لأصحاب الأراضى التى تحيط به ، فالقواعد العامة التى تنفرع منها أحكام هذا النوع من المجارى ، هى (١) أنه ليس لواحد من الشركاء أن يتحكم فى ماء المجرى حتى يحجزه عن غيره (٢) وليس لواحد منهم أن يتصرف تصرفاً يضر بحافة المجرى أو يعمل به عملا من شأنه أن يحول طريقه أو يؤثر فيه نفسه ، (٣) وإن ما يتفقون عليه فى سبيل تنظيم السقى ، وتوزيع النوبات والمياه محترم ، واجب التنفيذ .

وعلى هذه القواعد تتفرع الأحكام المتشعبة الكبيرة لهذا النوع من المجارى ، ومنها :

(ا) أنه لا يجوز لأحد منهم أن يسكر[١] المجرى بأن يسد الماء حتى يسقى أرضه ، لأن سد المجرى يمنع الماء عمن هو أسفل منه وهو لا يجوز ، ولأن سدى المجرى إحداث شىء لم يكن فى وسط المجرى ورقبته ، وكل عمل كذلك ممنوع إلا برضا الشركاء ، إذ هم شركاء فى الرقبة ، والشركاء فى عين من الأعيان لا يعمل أجدهم فيها عملا إلا بإذن سائرهم .

ولكنهم إن تراضوا على أن يسكر كل واحد فى نوبته ، نفذ ما تراضوا عليه ، وكذلك إن أجازوا لأحدهم أن يسكر فى نوبته خاصة ،

---

(١) يقال سكر النهر سكرا إذا سده حتى لا يذهب الماء إلى من هو أسفل منه ، والاسم منه السكر بكسر السين .

إذا كانت أرضه بربوة بحيث لا تصل المياه إليها إلا إذا سكن المجرى ، لأن الحق لهم، وقد أجازوه ، ولأن في ذلك دفع الضرر عنه، لأنه لا يستطيع السقى إلا بذلك .

(ب) أنه لا يجوز لأحد منهم أن يشق من المجرى مجرى صغيراً أو ينصب عليه رحا[1] ، أو يوسع فتحة المجرى وغير ذلك من الأعمال التي من شأنها أن تؤثر في عين المجرى ، أو تنقص مياهه بحيث تؤثر في أنصبة سواه ، ولو كانت الرحا في أرضه ، ولا تشتف ماء النهر ، أو تنقصه بحيث تضر بغيره من الخلطاء ، فليس لأحد منعه ، لأنه يتصرف في ملكه الخاص ، وليس في تصرفه ضرر بين يلحق بغيره ، ومن يمنعه في هذه الحال ومع بقاء الماء يصل إليه بلا ضرر - متعنت قاصد الإضرار ، فلا يلتفت إلى اعتراضه ، لأنه ليس له من الحق إلا دفع الضرر عن نفسه ، أو منع الغير من التصرف في ملكه ولا شيء من ذلك هنا .

(ج) أن الشركاء إن اتفقوا على نوبات زمانية بحيث يكون لكل نوبته يسقى فيها وحده نفذ ذلك الاتفاق ، وكان لكل منهم شربه المعلوم ، وزمنه المحدود ، وليس لأحد أن يسقى في شرب غيره إلا بالرضا ، وإن اختصموا ، ولم يتفقوا على طريق للسقى ، ولم يعرف مقدار ما يستحقه كل واحد من الشرب في النهر ، ولا بينة لأحدهم على مقدار ما يستحق ، حكمت الأراضى وقسمت المياه بالنوبات بينهم على حسب مقدار أراضيهم لا على حسب عدد رءوسهم ، وذلك لأن المقصود سقى الأراضى ، والحاجة إلى ذلك تختلف بقلة الأراضى وكثرتها ، والظاهر أن حق كل واحد منهم من الشرب بمقدار أرضه ، وبقدر حاجته وهذا الظاهر يؤخذ به ، وله احترامه عند التقاضى ، ما لم تقم الأدلة على نقيضه ولأن حق المالك لكل واحد من الشركاء ثمرته تظهر في الاستيلاء

---

(١) الرحا المراد بها هنا الساقية .

على الماء للسق والماء لا يمكن إثبات اليد عليه حقيقة ؛ لأنه لا يمكن أن يقع فى قبضة أحد وهو ماء جار . وإنما يكون إثبات اليد عليه فى هذه الحال بالانتفاع به بالسقى وهذا الانتفاع يتفاوت بتفاوت مقادير الأراضى ، فتتفاوت اليد عليه تبعاً لذلك وعلى ذلك يوزع الماء على حسب مقادير الأراضى ما لم يقم دليل يثبت غيره .

اصلاح الأنهر والمساقى :

٣٧ — إصلاح الأنهر العظام والترع العامة على بيت المال[1] لأن منافع هذه الترع ، وتلك الأنهر للكافة ، ومال بيت المال معد لمصالحهم فكان الانفاق على إصلاح هذه الأنهر والترع منه .

وإذا كان بيت المال خالياً من المال ، كأن تكون الدولة فى ضائقة مالية وزادت نفقاتها على مواردها ، والسيل قد طم ، وجسور النهر أو الترع تحتاج إلى التقوية ، حتى لا يهلك الزرع والنسل ، فى هذه الحال يكون لولى الأمر أن يجبر الناس على الاصلاح ، لأن تركها من غير إصلاح ضرر عظيم ، وولى الأمر قد نصب راعيا لمصالح المسلمين ، ناظراً لمنافعهم ، وبعيد أن يفعل الناس ما عليهم طائعين ، لأنه قلما ينفق العوام على مصالحهم مختارين ، ولقد قال عمر رضى الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم ، فكان من المصلحة والسياسة الشرعية إجبارهم .

وطريقة الإجبار هى أن يجبر القادرين المطيقين على العمل ، ويجبر الأغنياء الموسرين على دفع أجور من يعمل ، لأنه لاسخرة فى الإسلام ، ومثل ذلك تجهيز الجيوش فى حال الخطر الداهم ، فإنه يكون العمل على من يطيقون الجهاد بأنفسهم ، والانفاق على مياسير الأمة ، ويكون كل قد أسهم فى الجهاد هؤلاء بأموالهم ، وأولئك بأنفسهم ، ولكل فضل .

---

(١) يقوم مقام بيت المال الآن وزارة المالية .

٣٨ — وإذا كان النهر مملوكا لواحد أو لجماعة فاصلاحه على كل من له شرب فيه ؛ لأن منفعته لهم على الخصوص ، فمئونة الإصلاح عليهم ، لأن الغرم بالغنم ، وقد غنموا منافعه ، فحق عليهم الغرم فى سبيله . ومن أبى منهم أجبر ، وإذا امتنع كل الشركاء فى شرب مجرى مملوك لهم عن الإصلاح لا يجبرهم أحد ؛ لأنهم أصحاب الحق فيه ، والضرر اللاحق بهم بسبب من جانبهم ، وهم أحرار ما دام الضرر لا يتجاوزهم إلى غيرهم .

٣٩ — ولتوزيع تكاليف الإصلاح على الشركاء فى شرب خاص طريقتان : إحداهما طريقة أبى حنيفة رضى الله عنه ، وهى أن يبدأ فى الجزء الأعلى الذى يسقى منه أعلى الشركاء أرضاً فيصلح هذا الجزء ، وتكون مئونة إصلاحه عليهم جميعاً بنسبة ما لهم من مقادير الشرب [١] ، فإذا أصلح هذا الجزء وانتقل الإصلاح إلى غيره ، لم يكن على صاحب الأرض العليا مئونة فى إصلاح ما دونه ، وهكذا لا يكون صاحب أرض من مئونة الإصلاح إلا لما فوق أرضه ومايقابلها ، وليس عليه من مئونة إصلاح ماهو أسفل من أرضه شيء . ووجهة نظر أبى حنيفة فى ذلك أن مئونة الكرى هى مئونة الانتفاع بسقى الزرع والشجر ، والشخص لا ينتفع من المجرى إلا بالجزء الذى يقابل أرضه ، وماهو أعلى منه، ولا ينتفع من المجرى بماهو أسفل من أرضه، وعلى ذلك لا يكون عليه من مئونة إصلاح الأسفل شيء مطلقا .

والطريقة الثانية ، طريقة الصاحبين هى أن توزع التكاليف عليهم جميعا بنسبة مقادير شربهم ، وهم فى ذلك سواء لا تميز لصاحب الأرض العليا على الأرض السفلى ، لأن كل واحد منهم ينتفع بالمجرى كله أعلاه وأسفله ، ومنفعة صاحب العليا بأسفل المجرى واضح بين ، لأنه يحتاج إلى إرسال الماء الزائد عن حاجته ، إذ لو استمر واقفاً ، مع تدافع مورده ، فاض الماء على

---

(١) سواء أكانت المقادير تبين بالنوبات أم بعدد الفتحات اللازمة لشربه أم بهما.

أرضه ، وأفسد زرعه ، وهذا وجه خطير من أوجه انتفاع الأعلى بأسفل المجرى ، فكان عليه من إصلاحه قدر معلوم ، ولذا يكون الجميع سواء ، ولا تفرقة إلا بمقادير الحصص في الشرب .

٤٠ — وليس على أهل الشفة شيء من الإصلاح ، وذلك لأن المقصود الأول من حفر الأنهار وكريها ، سقي الأراضي لينبت الزرع ، وتثمر الأشجار وحق الشفة يجيء بالتبع ، لا بالقصد الأول ، والإصلاح إنما يكون على من ينالون النفع المقصود ، لا النفع التبعي . ولأن من لهم حق الشفة لا يحصون عدداً ولا طريقة لعدهم ، لأن كل من يمر بهذا الماء سواء أكان مسافراً أم مقيماً له أن يشرب ويسقي دابته ، ويأخذ ما تلزمه به حاجته من الماء . ولا مؤونة على من لا يحصون لأن وجوبها إنما يكون على أشخاص معينين بالذات .

حق المسيل :

٤١ — حق المسيل ، هو حق مرور المياه غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة من ملك الغير ، سواء أكان ذلك الماء مسيلا من البيوت أم ماء أمطار ، أم ماء غير صالح لري الأراضي الزراعية ، ومن المصلحة تسييله ، وعلى ذلك يعتبر من حق المسيل (ا) حق مرور مياه الأمطار بإرسالها من ميازيبها في الطريق العام أو الخاص أو بمرورها في ملك الجار إن كانت لا تصل إلى الطريق أو المسيل العام إلا بمسيل في ملك الجار [١] ، ويثبت ذلك الحق بالقدم أو بإذن المالك . (ب) ويعتبر من حق المسيل حق مرور المياه المشتملة على فضلات البيوت في المجاري العامة ، لأن ذلك من تسييل الماء غير الصالح .

---

(١) كان يحصل في المدن القديمة أن يسيل شخص ماء المطر النازل على داره من سطح جاره ويكون له على سطح داره حق المسيل ، ولعل ذلك لا زال في المدن الإسلامية التي تكثر فيها الأمطار والثلوج .

(ج) كما يعتبر من حق المسيل حق تصريف المياه التي لاتستفيد منها الأراضى ليحل محلها مياه صالحة .

وإذا ثبت حق المسيل لعقار على عقار آخر استمر ثابتاً حتى يسقطه صاحب العقار المرتفق ، وإذا سقط لا يعود كسائر حقوق الارتفاق لما هو مقرر من القواعد الفقهية وهو أن الساقط لا يعود ، ولا يسقط حق المسيل بتغير صفة العقار من بستان إلى دار (١) ، أو من خربة إلى عامرة . وإذا حصل خلل فى المسيل الخاص ، فإصلاحه على من لهم حق المسيل فيه ، لأنهم المنتفعون فعليهم الإصلاح ، وإذا كان إصلاح المسيل لا يكون إلا بالدخول فى أرض من يجرى المسيل فى أرضه أو فى داره كان له أن يدخل الأرض للإصلاح ، فإن منعه صاحبه من الدخول كان له أن يلزمه عن طريق القضاء بأحد أمرين : إما أن يقوم بإصلاح المسيل ، وإما يمكنه من إصلاحه .

وإذا أهمل صاحب حق المسيل المسيل ، وصار مصدر أذى ، وضرر لغيره ، ألزمه القضاء بإصلاحه ، ليدفع الضرر ، ويميط الأذى .

٤٢ — **حق المرور** : وهو أن يكون للشخص الحق فى الوصول إلى عقاره وحده أو معه دوابه ، وقد يكون الطريق الموصل لعقار مملوكا له ، وقد يكون غير مملوك له ، ويكون له حق المرور فيه .

وحق المرور من الطريق العام ثابت لكل انسان، ومقرر لكل عقار متصل به بإطلاق ، ولكل أن يمر من هذا الطريق بلا قيد ولاشرط ، ولكل صاحب عقار متصل به أن يفتح باباً لعقاره فيه من غير قيد ولاشرط أيضاً. وذلك لأن

(١) جاء فى جواهر الفتاوى : « رجل له ميزاب فى بستان فباع صاحب البستان بستانه ، فجعل المشترى البستان داراً ليس له أن يعطل حق المسيل ، لأن حقه لا يبطل بجعل البستان داراً » .

الطريق قد خصص لمنفعة الكافة، فليس لأحد حق فيه أكثر من الآخرين، وليس لأحد فيه حق على جهة الخصوص، وإذا كان كذلك فلا يمنع من الارتفاق به أحد مادام يرتفق فى الدائرة التى خصص لها الطريق .

ولأن الطريق العام قد رصد لارتفاق العموم لم يسمح لأحد أن يحدث فيه دكاناً أو ظلة أو جرصنا إذا ترتب على ذلك ضرر بالعامة . ولذا قال شمس الأئمة « إن كان الإحداث يضر بأهل الطريق ، فليس له أن يحدث ذلك، فإن كان لا يضر بأحد لسعة الطريق جاز له إحداثه فيه مالم يمنع منه، لأن الانتفاع فى الطريق بالمرور فيه من غير أن يضر بأحد جائز ، فكذلك كل ماهو مثله فيلحق به إذا احتاج إليه ، وإذا أضر بالمارة لايحل له لقوله عليه الصلاة والسلام: « لاضرر ولا ضرار فى الإسلام » وهذا نظير من عليه الدين ، فإنه لا يسعه التأخير إذا طالبه صاحبه، ولو لم يطالبه جاز له تأخيره، وعلى هذا العقود فى الطريق للبيع والشراء يجوز إن لم يضر بأحد ، وإن أضر لم يجز »[٢] .

ومن هذا النص يفهم أن الرجل له أن يحدث فى الطريق مالم يضر بالمرور فيه ومالم يمنع منه ، فإذا منع منه لم يسغ له ذلك ، وضرب لنا مثلا بالمدين إذا لم يطالب . ولكن من الذى له أن يمنعه ويعترض على تصرفه، ويخاصمه فيه؟ قال أبو حنيفة لكل أحد من الناس أن يمنعه من الوضع ، وأن يكلفه رفع ماوضعه إن كان قد وضع شيئا ، سواء أكان فيه ضرر أم لم يكن إذا وضع بغير إذن الإمام ، لأنه يكون فى هذه الحال قد افتات على الإمام ، واعتدى على حق ولى الأمر ، لأن تدبير الأمور التى تتعلق بالكافة وإجازة غير الضار، ومنع

---

(١) الجراصن كلمة معربة يقصد بها الخارجة التى تبنى على جزء من هواء الطريق أو هو الطنف (البلكون) .

(٢) راجع الزيلعى فى باب مايحدثه الرجل فى الطريق .

الضار لولى الأمر وحده ، فمن فعل من غير إذنه فى الطريق شيئا فقد افتات عليه، ومن افتات على ولى الأمر كان لكل واحد منعه .

وقال أبو يوسف رضى الله عنه لكل واحد من الناس أن يمنعه من الوضع قبله فإذا وضع ماليس فيه ضرر بأحد ليس لكل واحد منعه، ولو وضع بغير إذن الإمام ، وذلك لأن الوضع جعل له يداً خاصة على ماوضع عليه، فالذى يمنعه ويخاصمه من الناس متعنت مادام لايدفع أذى ناله أو نال غيره . والمتعنت لايلتفت إليه . وأما قبل الوضع فإن مريد إحداث شىء فى الطريق من ظلة ونحوها إنما يريد وضع يده الخاصة على ماهو تحت يد الناس كافة، فكان لكل واحد منعه من هذا الوضع قبل أن تكون له يد خاصة .

وقال محمد ليس لكل واحد منعه لاقبل الوضع ولا بعده ، أذن الإمام له أو لم يأذن ، لأن العمل مادام لاضرر فيه لأحد فهو مأذون فيه شرعا ، سواء أذن الإمام أم لم يأذن ، ومادام الفعل مأذوناً فيه شرعاً ، فليس لأحد منعه ؛ لأنه إذا كان المنع غير سائغ عند إذن ولى الأمر ، فبالأولى يكون غير سائغ عند إذن الشارع ، لأن إذن الشارع أحرى وولايته أقوى .

ورأى أبى حنيفة فى نظرى هو أوجه هذه الآراء دليلا، وأسدها نظراً ، لأنه لا مقياس يعين الضرر وعدم الضرر إلا إذن الإمام ، فيجب أن يمنع الشخص مادام الإمام لم يأذن ، ويتولى المنع جمهور المسلمين وأهل الحسبة ، ليكون ثمة تعاون على تنظيم الأمور .وما قاله محمد رضى الله عنه قائم على أساس أنه لاضرر ، فهو مأذون فيه شرعا . وذلك كلام فيه نظر(١) لأنه لا يعلم أن فيه ضرراً أولا إلا بتقدير ولى الأمر لأن مقياس الضرر أو نفيه تقدير الإمام، وليس هوى المرتفق(٢) ولأن إذن الشارع فى الانتفاع إنما هو بالمرور فقط برصد ولى الأمر هذا العقار للطريق العام فاستعماله لغير المرور استعمال فى غير

ماخصص له ، ويحتاج الانتفاع بغيره إلى إذن جديد من ولى الأمر ليسوغ هذا الاستعمال ، ولا يعتبر الشارع قد أذن ، حتى يأذن الإمام .

وكذلك رأى أبى يوسف يقوم على أساس فيه نظر أيضاً ؛ لأن اليد الخاصة التى أثبتها الوضع ليست يداً محترمة بل هى يد باطلة ، لأن الشخص ارتفق بشىء فى غير ماخصص له مادام الإمام لم يأذن ، واليد الباطلة لذوى الشأن إزالتها ، وكل الناس فى هذا ذوو شأن[1] .

٤٣ — أما الطريق الخاص ، وهو ماكان بين جماعة مخصوصين . فالارتفاق به خاص بأهله ، فلهم وحدهم حق فتح الأبواب فيه ، وليس لأحد سواهم أن يفتح باب عقاره فيه ، إذا كان باب عقاره من طريق آخر ، إلا بإذن منهم ، أو وجود قدم لا يعرف الجيران أوله ، وإن كان قد أغلق بابه على هذا الطريق ، لا يسقط حقه ، بل له ولمن يملك العقار من بعده أن يعيد فتح ذلك الباب الذى كان قد أقفله صاحبه[2] .

ومع أن فتح الأبواب على الطريق الخاص لا يكون إلا بإذن أهله أو وجود قدم — قد قرروا أن للعامة أن يمروا منه ، ويسيروا فيه إذا ازدحم الطريق العام ، فبهذا كان للكافة ارتفاق بهذا المعنى ، وفى هذه الحدود .

ولا يصح لأحد أن يحدث شيئاً فى الطريق الخاص بنحو ظلة أو جرصن أو غير ذلك إلا بإذن المرتفقين به الارتفاق الخاص ، لأنه كالملك المشترك بينهم . فليس لأحدهم ، أن يحدث فيه شيئاً إلا بإذنهم جميعاً ، ولذلك يعتبرون شركاء

---

(١) والمعمول به الآن أن أى ارتفاق فى الطريق العام بغير المرور يحتاج إلى ترخيص خاص من أولى الأمر . فكأنه يسير بمقتضى مذهب أبى حنيفة .

(٢) راجع المادة ١٢٢٢ من المجلة ، ونصها : « إذا سد أحد بابه الذى هو إلى الطريق الخاص فلا يسقط حق مروره بسده إياه ، فيجوز له ولمن اشترى منه أن يفتحه ثانياً » وهذه المادة مأخوذة من الفتاوى الهندية فى باب الحيطان .

فى الحقوق وبهذا الاعتبار تجب الشفعة بينهم ، والتصرف فى الملك المشترك لايجوز إلا باتفاق الشركاء ، ما دام ذلك التصرف على غير الارتفاق الخاص الذى أوجدته هذه الشركة .

ولكن ليس لأهل طريق خاص أن يتفقوا فيما بينهم على سده وإزالته لأن للكافة حقاً فيه ، وهو حق مرورهم عندما تزدحم الطرق ، وتضيق بالسير فيها لأمر عارض أو بشكل دائم . ولهذا الحق احترامه ، ووجوب مراعاته ، وفى إزالة الطريق الخاص باتفاق أهله إهدار له ، وذلك لايجوز . ولذا جاء فى جامع الفصولين مانصه : « ليس لأهل السكة أن ينصبوا على رأس سكتهم دربا ، ويسدوا رأس السكة ؛ لأن مثل هذه ، ولو كانت ملكا ظاهراً لأصحابها ، لكن للعامة فيها نوع حق وهو أنه إذا ازدحم الناس فى الطريق ، لهم أن يدخلوها ، حتى يخف الزحام . وقال أبو حنيفة فى سكة لاتنفذ ، ليس لأصحابها بيعها ، ولو اتفقوا عليه ، ولا أن يقسموها فيما بينهم ؛ إذ الطريق الأعظم إذا كثر الناس فيه كان لهم أن يدخلوا هذه السكة حتى يخف الزحام » .

التصرف فى حقوق الارتفاق

٤٤ — اتفقت كلمة فقهاء الحنفية على أن حقوق الارتفاق تورث تابعة للعقار ، لأن الورثة خلفاء الميت فى كل مايملك من مال وما يتصل بهذا المال من حقوق ، فتسرى إليهم الحقوق بهذه الخلافة كما سرت إليهم ملكية الأعيان وفى عبارات كتب الحنفية مايفيد أن هذه الحقوق منفردة تنتقل بالميراث إلى الورثة ، كما انتقلت تابعة للعقار ، فقد جاء فى باب الشرب فى الكنز وشرحه: « ويورث الشرب ، ويوصى بالانتفاع بعينه ، ولا يباع ولا يوهب » والفرق أن الورثة خلفاء الميت . فيقومون مقامه فى حقوق الميت وأملاكه ، وجاز

أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه بالمعاوضات والتبرعات كالدين والقصاص والخمر » وهذا التعليل بالنسبة للميراث ينطبق تمام الانطباق على سائر حقوق الارتفاق ، وقد جاء فى البدائع « وتوريثه (الشرب) ؛ لأن الإرث لا يقف على الملك لا محالة . بل يثبت فى حق الملك ، كما يثبت فى الملك كخيار العيب ونحوه » . وهذا أيضاً يسرى فى سائر حقوق الارتفاق كما سرى فى البيع ، وترى مثل هذه النصوص فى الكتب الفقهية التى تعنى بالتعليل ، ورد المسائل إلى أصولها ، والأحكام إلى أسبابها كالهداية وغيرها من أمهات كتب المذهب . ومنها يستفاد أنها تورث تابعة للعقار ومنفردة ، ولم أعثر على نص يمنع سريان تلك العلة ، وما تقتضيه من مساواة كل حقوق الارتفاق بالنسبة للميراث .

ويصح أن يوصى بمنافع الشرب المملوكة رقبته للموصى ، ويكون ذلك من باب الوصية بالمنافع ، وهى سائغة فى المذهب الحنفى ، وخالف فى ذلك ابن أبى ليلى على نحو ما علمت ، ولأنه وصية بالانتفاع صار كالوصية بالسكنى وكان لابد من تعيين الموصى له ، فإذا مات الموصى ملك الموصى له منفعة الشرب ، ولكن مدة حياته فقط لأنه ملك منفعة فى هذه الحالة ، وملك المنفعة لا يكون إلا فى حياة المنتفع ، ولذا جاء فى البدائع ما نصه : « ويوصى به (أى بالشرب) حتى لو أوصى لرجل أن يسقى أرضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية ، وتعتبر من الثلث ، لأن الوصية ، وإن كانت تمليكا ، لكنها تمليك بعد الموت ، ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به فى الحال ، وإنما يملك بعد الموت ، فأشبه الميراث فإذا احتمل الإرث احتمل الوصية التى هى أخت الميراث ، وإذا مات الموصى له تبطل الوصية ، حتى لا تصير ميراثاً لورثة الموصى له لأن الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالى ، وشبه الخدمة ، ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ولا تصير ميراثاً فكذلك الوصية بالشرب ، ولو أوصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح ، لأنه

لما لم يحتمل التمليك بالتصدق ، استوى فيه الحال والإضافة إلى ما بعد الموت بالوصية » ومن هذا يفهم أن الوصية بمنافع الشرب المملوكة رقبته جازت لأنها وصية بالمنافع ، إذ يقول هو شبه الخدمة ، وفيه كل خواص الوصية بالمنافع ، بدليل أن ملك المنفعة بالشرب تنتهى بوفاة الموصى له ، ولذلك لا يعد فى نظرى مايملكه الموصى له من الانتفاع بحق الشرب بهذه الوصية من قبيل الارتفاق ، بل من قبيل الانتفاع الشخصى ، لأن مايملكه ليس حقاً مقرراً لعقاره على العقار الآخر بحيث ينتقل مع العقار إذا باعه أو وهبه أو نحو ذلك ، بل هو حق شخصى له ، ينتهى بموته ولا ينتقل إلى غيره ، ولهذا لانستطيع أن نقول إنه بسبب تلك الوصية يكون حق ارتفاق على شرب الموصى ، بل له حق انتفاع فيه .

٤٥ — وقد اتفق الفقهاء على جواز بيع رقبة الشرب ، والطريق ، والمسيل لأن رقبة الشرب والطريق عقار معين محدود معروف المقدار ، لا جهالة فيه ولا غرر ، فجاز بيعه صحيحاً مستوفياً الأركان والشروط ، وأما المسيل فلا يجوز بيع رقبته إذا كان مقدار ما يسيل فيه الماء غير معين للجهالة والغرر ، وأما إذا عين مقداره وعرفت حدوده فيجوز بيعه فى هذه الحال ، لأنه مبيع معلوم المقدار ، محدود بالجهات ، فلا مانع من بيعه ومثل البيع فى هذا كله العقود التى من شأنها نقل الملكية ، كالهبة والوصية ، لأن التصرفات الواردة على الرقبة لاتعدو التصرف فى عقار مملوك ملكا خاصاً ، محدود معلوم المقدار .

وأما بيع حق الشرب والطريق والمسيل منفرداً ، فتختلف فيه بعض تلك الحقوق عن بعضها الآخر ، فالمسيل باتفاق الروايات فى مذهب أبى حنيفة لا يصح بيعه منفرداً عن العقار ، لأن الأصل فى الحقوق أنها لا ترد عليها التصرفات الشرعية منفردة ، ولأن بيعها مع ما فيها من جهالة لمقدار الارتفاق

عقد على مجهول ، فلا يصح ، بل إن العقد عليها عقد على ماهو معدوم في الحال ، والمعدوم لا يصلح محلا للعقود إلا على مخالفة للقياس ، ومخالفة القياس تكون بنص مسوغ المخالفة ، أو عرف دافع إلى استحسان ترك القياس ؛ ولا نص ولا عرف فى هذا المقام يترك القياس لأجله فى المسيل فبقى على الأصل وهو عدم جواز بيعه منفرداً .

وأما بيع حق الشرب منفرداً ، فقد اختلفت الروايات فى مذهب أبى حنيفة فيه ففى ظاهر الرواية أنه لا يصح للأسباب التى ذكرنا فى عدم صحة بيع المسيل منفرداً إذ هى قائمة هنا فى حق الشرب ، وذلك كلام معقول ، لأن حق المسيل والشرب كلاهما ليس مالا متقوماً فى نظر الحنفية على مابينا فى حقيقة التقوم وعدمه عندهم ، فاتساق منطق المذهب كان يقضى بتساويهما . والرواية الثانية تقول إن بيع الشرب منفرداً يصح . وبهذه الرواية أخذ أهل بلخ ، وذلك لأنهم تعارفوه واستساغوا بيعه ، ولاشك أن العرف يجيز مخالفة القياس والقواعد الفقهية ، لأن ما رآه المسلمون حسناً ، فهو عندالله حسن ، ولأنه مقدار من الماء منتفع به وإن أنه غير معلوم . فجاوز ورود العقد عليه ، وهو بهذا يفترق عن حق المسيل والمرور ، ولذا جاز ضمانه عند بعض الفقهاء وفى بعض الروايات ، ففى رواية فخر الإسلام البزدوى ، أن حق الشرب يضمن بأن يضمن أن يسقى الشخص فى نوبته ودوره . وأهل الرأى الأول يردون كل هذا ، فينكرون أن يكون تعامل أهل مدينة مسوغا لمخالفة القياس إنما العرف المسوغ لمخالفة القياس هو عرف جميع الناس أو المسلمين حتى يكون قريباً من الإجماع كالحال فى الاستصناع والسلم والإجارة فى نظر الحنفية ؟ وكون الشرب يضمن عند بعض العلماء لا يكون حجة ملزمة لمن لايرى رأيهم إنما الإلزام بالالتزام ، والالتزام بالرأى بقبول نتائجه ممن يراه ، لا ممن لايراه ، فيلزم بنتيجة الضمان ، وهو جواز البيع منفرداً من رأى الضمان

فلا يكون الضمان حجة على من لا يراه ، وهم أكثر الفقهاء . وأما الحكم بأنه مقدار من الماء فكلام غير منتج وغير مسوغ للبيع ، لأنه أولا غير معلوم ، والبيع لا يرد على غير معلوم ، وثانياً ليس بمملوك لصاحب الشرب ، لأن الماء الذى يجرى جريا متتابعاً لا يعتبر مملوكا لأحد على ما قررنا ، وبيع ما لا يملك لا يصح . ألا ترى أنه مباح بدليل تعلق حق الشفة به بلا إذن مالك المجرى ، والمباح لا يكون محلا للعقود قبل إحرازه . ولذلك كله كان الراجح عند فقهاء الحنفية عدم صحة البيع منفرداً ، ولكن لو تعارف الناس جميعاً جواز البيع منفرداً لساغ ، ولكان قولا راجحاً .

وأما بيع حق الطريق منفرداً ففيه روايتان أيضاً رواية الزيادات بجواز بيعه ورواية ظاهر الرواية بالمنع وهو الراجح لما ذكرنا من الأسباب السابقة فى حق المسيل ، ووجهة الرواية المجيزة أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم محدود فجاز بيعه ، ولكن ذلك لا يدفع أنه ليس بمال متقوم فى نظر الحنفية ، والعقد لا يجوز فى غير المتقوم ، لأنه لا يصلح محلا للعقود على ما أسلفنا . وإننا نقول فيه ما قلناه فى الشرب انه إن وجد عرف الناس لسوغنا البيع ، ولرجحنا الرواية الأولى .

وكل ما ذكرنا من أحكام بيع هذه الحقوق منفردة يسرى على كل عقود التمليكات كما أشرنا ، سواء أكانت تمليكات للأعيان أم المنافع ، فهبة حقوق الارتفاق منفردة لا تجوز كما أن بيعها منفردة لا يجوز فى الجملة .

٤٦ — وما ذكرناه كله إنما هو فى بيع حقوق الارتفاق منفردة أما بيعها تابعة للعقار المرتفق بها فجائز باتفاق ، وكذلك كل تصرف فى العقار يصح أن تدخل فى ضمنه حقوق الارتفاق بالتبعية ، وذلك لأنه يثبت للشىء تبعاً ما لا يثبت له مقصوداً ، كجذع فى سقف لا يصح بيعه منفرداً عن السقف

ما دام فيه ، ولكن يباع في ضمن البيت الذي هو فيه ، وكأطراف الحيوان لا ينعقد عليها بيع وهو حي ، ولكن يثبت عليها البيع وهي أجزاء فيه ، وكالحمل لا يصح العقد عليه منفرداً وهو في بطن أمه ، ولكن يدخل في ضمن عقود التمليكات ويزيد في قيمة أمه ، ونظير ذلك في الفقه الإسلامي كثير،قد تجاوز الحساب والإحصاء .

ولكن العقود تختلف من حيث وجوب النص على ذكر الحقوق لتدخل تابعة للعقار ، فبعضها تدخل فيه هذه الحقوق من غير نص عليها ، وبعضها لا تدخل فيه إلا بنص عليها . فأما الأولى فهي العقود التي يكون من مقتضاها تمليك المنفعة تمليكا مقصوداً بالذات كالإجارة والوقف والوصية بالمنافع ، وأما الثانية فالعقود التي مقتضاها تمليك العين تمليكا مقصوداً ، مثل البيع ، والهبة ، والصدقة والوصية بتمليك الأعيان ، وجعل العقار بدل خلع ، أو بدل صلح أو نحو ذلك وإنما كان لا بد من ذكر هذه الحقوق في عقود التمليكات ، ولا تدخل من غير نص يشملها كذكر كلمة الحقوق والمرافق ، لأن هذه العقود المقصود بها قصداً أولياً تمليك الرقبة ، وتمليك الرقبة في ذاته لا يحتاج إلى هذه الحقوق ، وليست هي تابعة له ، لأنها مرافق الانتفاع ، لذلك كانت لا تدخل في البيع من غير نص عليها . وقد قال في هذا المقام الزيلعي في شرحه للكنز « إن هذه الأشياء (أي حقوق الارتفاق) تابعة من وجه من حيث أنها تقصد للانتفاع بالمبيع دون عينها ، وأصل من وجه من حيث أنها يتصور وجودها دون المبيع ، فلا دخل في البيع إلا بذكر الحقوق والمرافق ، وهذا لأنه قد يشتري للبيع فلا يلزم الشراء الانتفاع به ، وقد يشتري الطريق بعد ما اشترى المبيع » .

وأما العقود التي يكون الانتفاع فيها هو الغرض المقصود فحقوق الارتفاق فيها تابعة للعقار ومتمحضة فيها للتبعية له ، لأن الانتفاع لا يكون إلا بحقوق

الارتفاق فكأنها قد دل عليها بطريق التضمن والاقتضاء ، وكأن العقد مشتمل عليها من غير نص يشملها ، ولذا لو نص فى عقد الإجارة على استثناء حقوق الارتفاق بطل العقد ، لأن المنفعة ، وهى المعقود عليه فيه تكون غير متحققة وغير ثابتة ، ويكون قد عقد على أمر غير قابل للوجود ، فلا يصح .

حقوق الجوار

٤٧ — اعتبر القانون المدنى حقوق الجوار من ضمن حقوق الارتفاق ، فاعتبر فتح المطلات ، وحق العلو والسفل ، وإيجاد فضاء بين الأبنية ، وأحكام الجدار المشترك بين جارين ، اعتبر كل هذا من أحكام الارتفاق . ولكن الفقه الإسلامى يفرق بين هذين النوعين من الحقوق ، لأن لكل منهما أساساً يقوم عليه يختلف عن الآخر ، فقوام حقوق الارتفاق كونها تكليفاً على العقار لمصلحة العقار المرتفق ، فهى حق عينى ثابت على العقار . وهو من نوع الشركة فى العين التى تعلق بها الارتفاق ، فإذا كان لعقار حق الشرب من مجرى يجرى فى عقار آخر كان بين صاحبى العقارين شركة فى حق الشرب ، وكذا إذا كان لعقارات حق المرور من طريق كانت بين الملاك شركة فى حق المرور ، ولو كان بعضهم مالكا لرقبة الطريق ، والآخرون لعقاراتهم حق الارتفاق به ، وبهذا الاعتبار تثبت الشفعة ، ويكون مناطها تلك الشركة .

أما حقوق الجوار ، فتقوم على منع الضرر بالجار ضرراً بيناً فاحشاً فى سبيل انتفاع الشخص بملكه ، فهى فى الواقع تقييد لانتفاع المالك بعقاره بقيد أن لا يضر بالجار ، وبعبارة موجزة أن الفرق بين حق الارتفاق وحق الجوار أن حق الارتفاق حق إيجابى متعلق بالعقار ، أما حق الجوار فحق سلبى ليس إلا منعاً للضرر ، وإماطة للأذى ، وبهذا الاعتبار تثبت الشفعة ، ولذا يتأخر الحق فيها عن أصحاب حقوق الارتفاق .

٤٨ — وحقوق الجوار إما أن يكون منشؤها الجوار بين صاحب العلو وصاحب السفل ، وإما أن يكون منشؤها الجوار المطلق . فإذا كان منشؤها ما بين صاحب العلو والسفل كانت أقوى وأشد ، ولذلك أجمع الفقهاء على أنه لا يصح لأى واحد منهما أن يتصرف فى ملكه تصرفاً يضر بالآخر ، لأن ملكه لم يخلص له إذ تعلق به حق غيره ، فإن حق صاحب العلو متعلق بالسفل وحق صاحب السفل متعلق بالعلو ، فملك كليهما ليس خالصاً . وإذا كان الملك ليس خالصاً من حقوق متعلقة به ، فإنه يجب مراعاتها عند كل تصرف يتصرفه الشخص فى ملكه .

وقد قسم الفقهاء التصرفات إلى ثلاثة أقسام : القسم الأول : تصرفات تضر أحد الجارين بلا ريب كأن يهدم صاحب السفل سفله ، وكأن يفتح بابا فيه . وهذا النوع من الأعمال ممنوع باتفاق ، لما فيه من الضرر المؤكد ، والإهدار لحق مقرر لصاحبه برضا هذا المتصرف ، فهو نقض لأمر تم من جهته ، ومن حاول أن ينقض أمراً تم من جهته ، فمحاولته مردودة عليه .

القسم الثانى : تصرفات لا تضر واحداً منهما بيقين كدق مسمار أو إصلاح أحدهما ملكه بنحو طلاء الجدران وغير ذلك مما لا يضر بالآخر يقيناً ، وهذا التصرف سائغ غير ممنوع باتفاق الفقهاء ، لأن احترام حق الآخر يكون بعدم الإضرار ، ولا إضرار هنا بيقين ، فلا يمنع .

القسم الثالث : تصرفات تحتمل الضرر وعدم الضرر ، إذ أشكل أمرها ، فلا يدرى عند القيام بها أسيعقبها ضرر أم لا ، ومثال ذلك أن ينقب صاحب السفل كوة فى سفله ، أو يبنى صاحب العلو غرفة ، أو يضع جذوعا فوق البناء . وفى هذا النوع من الأعمال خلاف . فأبو حنيفة يرى فيه المنع ، والصاحبان يريان فيه عدم المنع ، والخلاف فى هذه المسألة قائم على خلاف

بينهما فى الأصل فى تصرفات صاحب العلو وصاحب السفل ، فأبو حنيفة يرى أن الأصل فى هذه التصرفات المنع إلا ما قام الدليل على أنه لا يضر فيسوغ . ويرى الصاحبان أن الأصل الإباحة إلا ما قام الدليل أنه يضر فيمنع ، وقد استدل كلاهما لأصله . فاستدل الصاحبان لأصلهما بأن كليهما يتصرف فى ملكه ، والأصل فى التصرفات فى الملك الإباحة لا المنع وكون حق أحدهما قد تعلق بملك الآخر لا يهدم أصل الإباحة ، بل يقيده بعدم الضرر ، وعلى ذلك تكون إباحة التصرف التى اقتضاها الامتلاك ثابتة لم يزلها تعلق حق الآخر بها ، والمنع يكون عند الضرر ، فإن وجد منعت التصرفات التى توجده ، وإن لم يوجد رجعنا إلى الأصل الثابت بالملكية ، وهو الإباحة ، وفى حال احتمال الضرر وعدمه لم يثبت الضرر ، فبقيت الإباحة قائمة عاملة ، لعدم وجود شرط المنع بها ، ومن جهة ثانية لا يصح أن نجعل تعلق حق الآخر مانعاً من التصرفات لذاته ، بل يجب أن نجعله مانعاً من التصرفات لما يكون منها من الضرر بدليل إباحة مالا ضرر فيه باتفاق ، وإذا كان أثر حق الآخر مانعاً فقط ما فيه الضرر ، فما لم يقم دليل على ضرره لا منع فيه ، فلا يمنع ما احتمل الضرر وغيره .

واستدل أبو حنيفة لما قرره وهو أن الأصل المنع : (١) بأن تعلق حق الغير بعين من الأعيان يقيد تصرفات المالك فيها بقيد وهو رضا صاحب الحق ألا ترى أن المستأجر لأن له حقاً فى العين المستأجرة يكون بيعها موقوفا على رضاه ، وكذلك حق المرتهن يقف البيع وكل التصرفات الشرعية التى تشبهه على رضاه ، وذلك لأن الحق المتعلق بعين من الأعيان محترم فيمنع إطلاق التصرف فى العين ، وبذلك يكون الأصل فى العين المتعلق بها حق للغير المنع من التصرفات ، وإطلاق اليد يكون بسبب جديد ، وهو رضا[١] صاحب الحق .

---

(١) مقتضى هذا الدليل ، والدليل الآتى أنه لا يصح لصاحب السفل أو العلو أن يعمل أى عمل إلا برضا صاحبه والاتفاق بينهما عليه ، وبهذا روى بعضهم عن أبى حنيفة فقد روى —

(٢) واستدل أيضاً أبو حنيفة بأن من له حق في عين فله نوع ملك فيها، ومن يتصرف فيها فهو يتصرف في ملك غيره، ولا يصح التصرف في ملك الغير إلا بإذنه ورضاه، ولذلك نظائر في الشريعة، فإذا كان لإنسان حق مسيل في أرض آخر، ولا يملك رقبته، فليس لصاحب الرقبة أن يغيره من قناة إلى أنبوبة إلا باذن صاحب الحق المتعلق بعينه، ولا ينقله من مكان إلى مكان آخر. كذلك إذا كان حق المرور في طريق لا يملك رقبته، فليس لمالك الرقبة أن ينقل الطريق من جهة إلى جهة، وإن كان لا يتضرر صاحب الحق المتعلق بالعين، ولا يمسه من ذلك أي أذى، بل لو كان التغيير إلى أنفع له، ولا بد لجواز هذا العمل من رضا صاحب الحق وموافقته.

وإذا كانت النظائر والأشباه كذلك، فيما بين صاحب السفل والعلو من حق لأحدهما فيما يملك الآخر — كان لكل منهما نوع ملك فيما يملك الثاني، فيمنع من الأعمال إلا بإذن الآخر ورضاه، وعلى ذلك يكون الأصل المنع، وإطلاق اليد في بعض الأعمال هو العارض عدم الضرر بيقين.

٤٩ — وإذا هدم صاحب السفل بناءه يجبر على إعادته لتعديه على غيره بهدمه بناءه الذي تعلق به حقه[1]، لأن قرار العلو على السفل حق لصاحب العلو، وبهدم صاحب السفل بناءه قد أزال ما يكون عليه القرار، فيتعذر وجوده، فيكون بهذا متعدياً، والمتعدي يجبره القاضي على ما يزيل أثر تعديه، وإذا جاء صاحب العلو وأقام القواعد للسفل وبناه من غير إذن صاحبه،

= عنه أن صاحب العلو لا يملك التصرف وإن لم يضر صاحب السفل (راجع فتح القدير). وعلى الرواية المشهورة يصح اعتبار عدم الضرر عارضا يبيح إطلاق اليد، وهنا يوجد نقد شكلي، لأن عدم الضرر لا يعتبر عارضاً، لأنه أمر سلبي لا يعرض، وإنما العارض الطارىء يكون أمراً إيجابياً.

(١) ولو كان قد تهدم بناء صاحب العلو بهدم صاحب السفل بناءه ضمن له قيمته وقت الهدم.

ومن غير أن يلجأ إلى القاضي ليجبر صاحبه على البناء يعتبر متبرعاً ، فلا يرجع على صاحب السفل بشيء من نفقات البناء ، ولا بقيمته ، لأنه غير مضطر إلى البناء ، إذ في استطاعته إجباره عليه بطريق القضاء ، فعدوله عن إجباره دليل على إرادة التبرع ، حسما لمادة الخلاف ، وفضاً للنزاع ، وحفظاً لمروءته وصاحبه من الخصومات ، وما تجر إليه من شحناوات ، والمتبرع ليس له أن يرجع فيما عزم عليه .

وإذا انهدم السفل من غير فعل صاحبه ، فلا يجبر على إعادته ، لأنه لا تعدى من جانبه ، فلا مبرر للإلزام ، وفي هذه الحال لا يكون لصاحب العلو إن أراد أن ينتفع بعلوه — إلا أن يتفق مع صاحب السفل ليبني اختياراً ، لا اضطراراً ، ثم له هو أن يبني بإذن القاضي أو بإذن صاحب السفل ، وفي هذه الحال يرجع بكل ما أنفق في سبيل البناء على صاحب السفل ، لأنه وكيل عن صاحب الشأن في الاشراف على البناء ، والانفاق في سبيله ، فله أن يرجع عليه بكل النفقات التي أنفقتها في هذا السبيل ، والوكالة ظاهرة في حال إذن صاحب السفل ، وأما في حال إذن القاضي فهي تحتاج إلى جلاء ، وذلك لأن القاضي له ولاية عامة قوامها رفع المظالم ، وتمكين أصحاب الحقوق من حقوقهم . ولاشك أن لصاحب العلو حقاً في القرار على السفل ، ولايتمكن من هذا الحق إلا ببنائه ، ولم يأذن مالكه بالبناء ولا طريق لإجباره على البناء أو إجباره على الإذن ، فلم يبق له إلا أن يستأذن صاحب الولاية العامة في البناء ، إذ تعذر عليه أخذ الإذن من صاحب الولاية الخاصة ، فيكون في انفاقه على البناء في هذه الحالة وكيلا عن ذي ولاية ، ويشبه الوكيل المقام في الخصومات عند عدم وجود الخصم أو وكيل له .

واذا بنى من غير إذن صاحب السفل ولا إذن القاضي فله في هذه الحالة أن يرجع بقيمة البناء وقت تمام البناء ، ولا يرجع بما أنفق ؛ وقد تختلف قيمة

البناء عما أنفق زيادة أو نقصاناً ، وإنما كان له الرجوع بالقيمة ، ولا يرجع بما أنفق ؛ لأنه لم يكن وكيلا فى الانفاق على أى اعتبار ، إذ لم يصدر إذن له من القاضى ، ولا من صاحب السفل بالبناء وهذا هو الذى ذكر فى أكثر كتب الفقه ، ولم تحك فيه خلافا ، ولكن وجدنا فى كتاب البدائع مايبين منه أن هناك قولا آخر ، وهو أن البانى فى هذه الحال له أن يرجع بما أنفق لا بقيمة البناء ، فقد جاء فيه : « وذكر القاضى فى شرح مختصر الطحاوى أن فى ظاهر الرواية يرجع بما أنفق ، وكذا ذكر الخصاف أنه يرجع بما أنفق ، لأنه لما لم يقدر على الانتفاع بالعلو إلا ببناء السفل ، ولا ضرر لصاحب السفل فى بنائه ، بل فيه نفع صار مأذوناً بالانفاق من قبله دلالة ، فكان له حق الرجوع بما أنفق » ، ولكن يظهر أن الراجح أنه يرجع بقيمة البناء وقت تمامه ؛ لأنه مالكه ، فوجب ألا يمكن غيره منه إلا ببدل له ، وهو القيمة .

وهنا يتساءل القارىء لم لا يعتبر متبرعاً ، كما اعتبرناه متبرعاً إن بنى من غير إذن القاضى وصاحب السفل فى حالة هدمه متعمدا ؟ والجواب عن ذلك أنه فى الحال الأولى غير مضطر إلى البناء ، لأن فى استطاعته أن يلجأ إلى القاضى ، ليكره المالك على البناء . أما فى هذه الحال ، فهو مضطر إلى البناء إذ لا طريق لاجبار المالك على البناء أو إجباره على الإذن فكأنه فى هذه الحال مأذون من الشرع بالبناء ؛ ولهذه المسألة أصل ينطبق عليها وعلى ما يشبهها من المسائل . ذكره شمس الأئمة الحلوانى ، وأقرته كل كتب الفقه . وهو أن من يجبر على اصلاح ما يملك إذا تعلق به حق الغير لا يرجع عليه إذا أصلح صاحب الحق من غير إذنه أو إذن القاضى ، إذ يمكنه أن يجبره ، فكان متطوعاً ، ومن ذلك كرى النهر وإصلاح السفينة وإذا كان لا يجبر على الاصلاح كمسألة انهدام السفل لا يعتبر متبرعا ، لأنه لا يمكنه الوصول إلى حقه إلا بذلك .

والآن نقول كلمة مجملة فى طريق الرجوع بما أنفق أو بالقيمة . قد قالوا إن ذلك يكون بحبس صاحب العلو السفل الذى بناه عن صاحبه ، حتى يؤدى ماعليه وهو قيمة البناء وقت تمام البناء ، أو النفقات التى قام بها فى سبيل البناء على حسب الأحوال التى بيناها ، وإنما كان له هذا الحبس ، لأن دين البانى متعلق به فله حبسه حتى يستوفى الثمن ، بل إن له فيه ملكية ، ولذا جاء فى الفتاوى الحامدية أن له أن يسكن السفل ، حتى يدفع إليه صاحب السفل ما عليه من مال . وإذا امتنع عن أداء ماعليه بعد حبس السفل عنه كان لصاحب العلو طريقان إحداهما أن يستغل السفل بإذن القاضى ويستوفى ماله من الأجرة[١] ، وثانيهما أن يجبره على أداء الدين بطرق الإجبار على أداء الديون من حبس المدين أو بيع أمواله عليه ، حتى تستوفى منها ديونه وقد نص على ذلك فى جامع الفصولين ، ولكن فى الفتاوى الخيرية لا يجبر هذا الإجبار فى كل الأحوال بل يجبر ذلك الإجبار إذا بنى صاحب العلو بإذن صاحبه أو بإذن القاضى ، أما إذا بنى بغير إذن واحد منهما ، فلا طريق إلى الرجوع إلا حبس العين ، أو استغلالها بإذن القاضى واستيفاء الحق من الغلة .

٥٠ — وإذا هدم صاحب العلو علوه فالقول الصحيح فى المذهب ، كما فى جامع الفصولين . أنه لا يجبر على بنائه ، لأنه لا ضرر على صاحب السفل فى عدم بنائه بخلاف صاحب السفل إذا هدم بناءه ، لأن العلو قائم عليه ، وهو أسه فالضرر لاحق بصاحبه بادى الرأى والنظر .

وهنا نستطرد استطرادة صغيرة ، وهى إذا هدم صاحب العلو علوه أو تهدم فهل له أن يبيعه من غير بناء ؟ والجواب عن ذلك أن حق التعلى لا يجوز بيعه إلا مع البناء ، فمن باعه من غير بناء لا يصح بيعه ، لأنه من غير بناء ليس بمال ، إذ المال ما يمكن إحرازه عند الحنفية ، ولا هو فى هذه الحال حق متعلق بمال

---

(١) راجع كتاب المعاملات لأستاذنا الجليل الشيخ إبراهيم بك .

فيجوز بيعه تبعاً للمال ، لأنه فى هذه الحال منفرد عن متعلقه ، وهو البناء ، ولذا لا يجوز بيعه عند الحنفية إجماعاً .

وفى مذهب مالك رضى الله عنه يجوز بيع حق التعلى منفرداً عن البناء ، بل يجوز بيعه قبل البناء ، لأن بيع الهواء عنده يجوز . ولقد جاء فى الشرح الكبير ما نصه : « وجاز بيع هواء فوق بناء ، بأن يقول شخص لصاحب أرض بعنى عشر أذرع مثلا فوق ما تبنيه بأرضك ، إن وصف البناء الأسفل والأعلى لفظاً أو عادة للخروج من الجهالة والغرر ، ويملك الأعلى جميع الهواء الذى فوق بناء الأسفل ، ولكن ليس له أن يبنى غير ما دخل عليه إلا برضا الأسفل » ومن هذا يفهم أن حق العلو منفرداً يجوز بيعه ، وذلك غير المتفق عليه عند الحنفية .

٥١ — ما ذكرناه هو فى الجوار الذى منشؤه ما بين العلو والسفل من علاقة وما لصاحب كل منهما من حق متعلق بالآخر ، وهو حق مقرر ثابت بمقتضى علاقة العلو بالسفل ، لا مطلق الجوار .

أما الجوار المطلق فليس له من الحقوق إلا حق واحد ، وهو ألا يضر الشخص فى سبيل انتفاعه بعقاره بجاره ضرراً بيناً فاحشاً ، وليس ذلك موضع اتفاق بين الفقهاء ، بل هو موضع نظر ، أو بعبارة أدق هو استنباط جاء بعد الطبقة الأولى طبقة أبى حنيفة وأصحابه . وذلك لأن ما يروى فى ظاهر الرواية هو أن المالك حر فى ملكه يتصرف فيه كيف يشاء بلا قيد يقيده ، وليس لأحد إجباره على شىء لا يريده فى ملكه ، إلا لضرورة أو نقص فى أهليته ، كما أنه ليس لأحد منعه من التصرف فى ملكه ، ولو تضرر من ذلك غيره ، إلا إذا تعلق به حق غيره فلذلك أحكام قد نوهنا عنها فى بيان حق العلو والسفل ، وذلك لأن معنى الملك يقتضى إطلاق اليد فى التصرف إطلاقاً تاماً ، والمنع لا يكون إلا لتعلق حق غيره ، فإذا لم يتعلق به حق لا يمنع[1] ، وعلى ذلك يكون للشخص أن

---

(١) راجع البدائع .

يصنع فى عقاره ما شاء ، فله أن يفتح النوافذ فى بيته من غير قيد ولا شرط ، وله أن يحفر بئراً أو بالوعة ، ولو كان ذلك يوهن بناء جاره ، ولو فعل شيئاً من ذلك حتى وهن الجدار فسقط لا ضمان عليه ؛ لأنه لم يتعد على جاره ما دام ما يفعله فى دائرة ملكه ، ولا ضمان إلا مع التعدى ، ولأن منعه من التعدى ، ولأن منعه من الانتفاع بملكه فيه ضرر ينزل به من غير مبرر يبرره ، ولا يصح أن يدفع الضرر عن المالك بضرر المالك ، لأن فى ذلك نقضاً لأصل المالكية ، إذ لو كان الضرر يبرر منع المالك من التصرف ، لفقد المالك حرية التصرف ، وليست حرية التصرف إلا معنى الملك .

ولهذا كله كان ذلك هو القياس[1] فى مذهب الحنفية ، وهو رأى الشافعى وأحمد ، ولذا قرر الجميع أن حق الملك يقتضى عدم التقييد قضاء ، وليس للقاضى أن يمنع المالك من التصرف فى ملكه ، ولكن الديانة توجب عليه ألا يضر بالجار لتكون المودة ، ولقوله عليه السلام : « والله لا يؤمن ثلاثاً قالوا : ومن يارسول الله ؟ قال ذلك الذى لا يأمن جاره بوائقه » فمن الدين والأخلاق وحسن المعاملة والسلوك القويم ألا يتصرف الجار فى ملكه بما يترتب عليه أذى بجاره ، ولكن ذلك لا يكون بإجبار القضاء على مقتضى ما قرره أبو حنيفة وأصحابه .

هذا ما روى عن الطبقة الأولى من الفقهاء ، وما جاء فى ظاهر الرواية وقررنا أنه القياس الذى يوائم القواعد الفقهية ، ولكن جاء أصحاب الفتاوى ، وغيرهم من المؤلفين والمجتهدين فى المذهب ، فاستحسنوا أن يمنع الجار من

---

(١) يروى أن شخصا شكا إلى أبى حنيفة من بئر حفرها جاره فى داره ، فقال له أبو حنيفة احفر فى دارك بجوار تلك البئر بالوعة ، ففعل ، فنزت البئر الأولى ، فكبسها ربها وترى أنه لم يذكر للشاكى أن يجبر جاره على كبس البئر ، بل ذكر له تلك الحيلة وليست إلا من قبيل التصرف فى الملك ، وهى ضرر قد دفع ضرراً ، فسلم الفريقان من الأذى ، وهكذا يقاتل السوء بالسوء فتكون السلامة .

التصرف فى ملكه تصرفاً يضر بجاره ضرراً بيناً فاحشاً ، لحديث لا ضرر ولا ضرار ، ولأن الناس قد تركوا ما أوجبه عليه الدين من وجوب رعاية الجار ، فحقت عليهم كلمة القضاء لحملهم على منع الاضرار اضطراراً ، إذ لم يقوموا به اختيارا ، وليس القضاء إلا المنفذ لأحكام الشرع ما أمكن التنفيذ .

والممنوع على هذا الاستحسان ليس العمل الذى يترتب عليه مطلق الضرر ولو يسيرا ، بل العمل الذى يترتب عليه الضرر الفاحش البين ، وقد جاء فى فتح القدير حد للعمل الذى يكون سبباً للضرر الفاحش البين فقال : « هو ما يكون سبباً للهدم ، وما يوهن البناء سبب له ، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية ويمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية » ولا يعتبر من الضرر الفاحش منع أشعة الشمس ، أو سد منافذ الهواء على المساكن ، لأنه يمكن الانتفاع مع ذلك فى الجملة ، وقد أحصى الفقهاء عدداً من الأضرار التى تعتبر فاحشة بينة ، فمنها أن يتخذ طاحونا أو مصنع حديد ، ويثبت أن طرق الحديد ودوران الطاحون يوهن البناء ، وأن يحدث تنورا أو معصرة فى سوق الخز ، فضرر ضرراً فاحشاً ببضائع أهل السوق ، وأن يحفر بجوار جدار جاره بئرا أو بالوعة توهن بناء الجار ، وأن يحدث بناء فى ملكه ما يمنع الضوء عن جاره ، بحيث لا يستطيع القراءة فى النهار من شدة الظلام ، وأن يحدث شباكا يطل منه على مقر النساء[١] .

وهذا الرأى الذى هو استحسان فى مذهب أبى حنيفة هو مذهب مالك رضى الله عنه ، جاء فى تهذيب الفروق ما نصه : « مما هو معلوم لاشك فيه أن من ملك موضعاً له أن يبنى فيه ، ويرفع فيه البناء ما لم يضر بغيره وان له أن يحفر فيه ما شاء ويعمق ما شاء ما لم يضره بغيره » فالانتفاع بالملك عند مالك

---

(١) راجع طائفة مجموعة من هذه المسائل فى مذكرة المعاملات لطلبة القسم الأول من مدرسة القضاء الشرعى .

وأصحابه مقيد بقيد ، هو ألا يضر بغيره ، وهو استحسان المتأخرين عند الحنفية كما علمت .

أسباب الملك التام

٥٢ — ذكرنا فى الفصول السابقة أسباب الملك الناقص ، وأسباب الحقوق التى تتعلق بالأعيان ، ومايشبهها ، والآن نتكلم فى أسباب الملك التام ، فنقول :

أسباب الملك ثلاثة أقسام : (القسم الأول) سبب منشىء للملك على الأعيان بعد أن لم يكن ثابتاً فيها وهذا هو الاستيلاء على الأشياء المباحة ، ووضع اليد عليها ، فإن الأشياء المباحة قبل حيازتها ووضع اليد عليها لم تكن مملوكة لأحد ، ولم يكن ثمة ملك واقع عليها ، وبالاستيلاء تثبت الملكية لواضع اليد ، وهى ملكية حادثة ، ويسمى هذا سبباً فعلياً من أسباب الملكية ، لأن منشأه لم يكن قولا أو عقداً ، ولكن منشؤه فعل وعمل ، ولأنه سبب فعلى ، وليس بسبب قولى صح أن يكون سبباً للملكية إذا حصل من محجور عليه ؛ فإذا استولى المحجور عليه على مباح بأن أحيا أرضاً مواتاً ، أو صاد صيداً أو احتش كلأ ، أو احتطب حطباً ، فقد ملكه ، وذلك بخلاف الأسباب القولية ، فإنها لا يترتب عليها الملك بإطلاق من المحجور عليه ، فشراؤه مثلا لا يترتب عليه ملك له وذلك لأن التصرفات القولية هى موضع الحجر ، ولا يترتب عليها آثارها لعدم اعتبارها منشئة للحقوق والواجبات منه . وأما الأفعال فتترتب عليها آثارها ، ولذا لو جنى جناية وجب عليها أرشها ، ويؤخذ من ماله .

(القسم الثانى) أسباب تنقل الملكية من سلطان شخص إلى غيره ، ويشمل ذلك العقود الناقلة للملكية من بيع وهبة وصدقة وخلع بالنسبة لبدله ونكاح بالنسبة لمهره ، ومن شأن هذا النوع من الأسباب أن تكون الأموال

التى تنقل ملكيتها بسببها مشغولة بالملك قبلها ، فإذا لم تكن مشغولة لا تنعقد سبباً للملك ؟ لأن مقتضاها بالنسبة للملك أن تنقله من حيز إلى حيز ، وذلك لا يكون إلا إذا كان الملك ثابتاً أولا قبل العقد ، ولذا لا يصح أن يكون محل البيع مباحاً من المباحات ، كما لا يصح أن يكون المباح مهراً أو بدل خلع ، أو محلا للصدقة أو الهبة ، لأن الملكية لم تكن ثابتة فى المباح قبل هذه العقود ، فلا يكون ثمة نقل من مالك إلى مالك ، فلا يكون مقتضى العقد ثابتاً .

(القسم الثالث) سبب الملك هو خلافة الشخص لغيره فى الملكية ، وهذا يشمل الميراث والوصية ، فإن الملك يصل إلى الوارث والموصى له بالخلافة عن المورث والموصى ، إذ لا يملكان إلا من بعد وفاته ، ووفاته شرط للملكية عنه ، ولذا لا يحتاج دخول الميراث فى ملك الوارث إلى قبول منه ، وكذلك لا تحتاج الوصية إلى قبول ، بل الشرط عدم الرد فيها ، بل إن الميراث يدخل فى ملك الوارث جبراً عنه من غير اختياره وإرادته ، ولا يوجد من أسباب الملك ما ينتقل به الملك من غير اختيار سوى الميراث ، وزاد الزيلعى على الميراث الوصية للجنين ، فإن الملك يدخل من غير اختيار أحد لعدم وجود من يلى عليه ، إذ لا يصلح لأن يكون محلا للولاية عليه . وفى الوصية ما يقرب من هذا ، وذلك إذا مات الموصى له قبل أن نعلم له قبولا أو رداً ، فإن الملك يثبت له ، ولم يثبت عنه اختيار . ومن كل هذه الأوصاف والخواص يستبين أن الملك الثابت بالميراث والوصية ملك سببه خلاف الوارث أو الموصى له للمورث والموصى ؛ ولقد رتب الفقهاء على ذلك أحكاماً منها أن الوارث والموصى له كلاهما يكون خصما فى إثبات الديون التى تكون على الميت ، ولو لم يكونا خليفتين له فى تركته ما كان لهما شأن فى الخصومة . ومنها أن لها أن يقيلا البائع من البيع إذا كان البيع حادثاً من المتوفى ، وتكون إقالتهما لهما كل خواص الإقالة وأحكامها ، ولولا أن ملكيتهما بسبب الخلافة لكانت إقالتهما بيعاً جديداً

من كل الوجوه ، وما كانت لها أحكام الإقالة من حيث كونها نسخاً بالنسبة لبعض الأحكام ، وبيعاً بالنسبة لبعضها .

والاستيلاء على المباح يشمل أربعة أضرب : (أحدها) إحياء الموات ، (وثانيها) الاستيلاء على المعادن والكنوز ، (وثالثها) حيازة الأشياء المباحة (ورابعها) الصيد .

إحياء الموات

٥٣ — الأراضي الموات هي الأراضي التي تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها ، أو لكون طينتها غير صالحة للإنبات ، ويشترط لاعتبارها مواتاً أن تكون بعيدة عن العمران ، غير قريبة منه ؛ لأنها إن كانت قريبة من العمران انتفع بها في غير الزراعة فتتعلق بها مصالحه ، فتكون منها طرق ، ومسايل ماء ، ومطرح قمامته ، وملقى ترابه ، ولم يختلف في ذلك أحد من أهل العلم[1] . ولكنهم اختلفوا في مدى هذا البعد ، فروى عن أبي يوسف رضي الله عنه أن البعد يكون بحيث لو وقف رجل في أدنى الموات إلى العمران ، ونادى بأعلى صوته لا يسمع صوته في العمران ، فلو سمع لم تكن الأرض مواتاً ، وقال محمد وهو المروي في ظاهر الرواية أنه يكفي في البعد ألا تكون من مرافق القرية بالفعل ، فهو نظر إلى حقيقة الانتفاع ، فإن كانت منتفعاً بها بالفعل في مرافق العمران انتفى عنها وصف الموات ، وإن كانت غير منتفع منها بالفعل بأن لم تكن من مرافق القرية اعتبرت غير منتفع بها . وتكون منفعتها في الزراعة ، وهي غير صالحة لها فهي موات إذن .

وقد اعتمد شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف مع أنه غير ظاهر الرواية على ما علمت[2] ومذهب الشافعي في هذا كمذهب محمد .

(١) المغني في كتاب إحياء الموات .

(٢) راجع كتاب الزيلعي والبدائع في إحياء الموات .

وترك بعض الفقهاء الحد الفاصل بين القريب والبعيد إلى العرف ومن هؤلاء الإمام أحمد بن حنبل وأصحابه ، واستدل له بأن الحد لا يعرف إلا بالتوقيف، ولا يعرف بالرأى والتحكم ، ولم يرد من الشارع لذلك حد ، فوجب أن يرجع فى ذلك إلى العرف كالقبض والإحراز ، فإن الأمر فى تحقيق معناهما إلى العرف والمشهور بين الناس ، وأى حد من غير دليل هو تحكم ، إذ ليس حد أولى من غيره مادام ليس فى المسألة نص ، أو قياس على منصوص عليه فليس لنا إلا أن نتركه للعرف .

٥٤ — وقد اشترط صاحب الكنز فى اعتبار الأرض مواتاً ألا تكون مملوكة لشخص معين معروف ، غير أن ذلك الشرط ليس لتحقيق كونها مواتاً ، بل لاعتبار الإحياء سبباً للملكية ، فإن الأرض تعتبر مواتاً إذا تحقق أنها ليست من مرافق العمران ، ولا تصلح للزراعة ، ولو كان لها مالك معروف ، غير أن الإحياء لا يكون سبباً للملكية إلا إذا كانت الأرض لم يعرف لها مالك، سواء أكانت لم يجر عليها ملك قط ، أم جرى عليها ملك ، ولكن فى غير عصور الإسلام ، أم جرى عليه ملك فى العصور الإسلامية ولم يعرف صاحبه، فما دامت لم يعرف لها مالك[1] معين فهى موات . ولكن قد حصل خلاف بعض الفقهاء إذا كان المالك مسلماً أو ذمياً فى عصور إسلامية ولكن غير معروف فقد رويت بعض الروايات عن أحمد بن حنبل أنها لا تعتبر مواتاً مادامت قد ملكت فى عصور الإسلام ، لقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضاً مواتاً فى غير حق مسلم ، فهى له » ولأنها إذا ثبت أن لها مالكا فى الإسلام، فهى على ملكيته ، وعدم معرفته لا يزيل ملكيته لأنها له ، فإن لم يكن فلورثته،

---

(١) مالك رضى الله عنه يعتبر من الموات الذى يكون إحياؤه سبباً للملكية الأراضى التى ملكها أصحابها بالإحياء لا بسبب آخر من أسباب الملكية إذا أهملت حتى صارت مواتاً بعد الإحياء فان ملكيتها تذهب عنه وتعود مباحة كما كانت ، وسنبين ذلك فى موضعه إن شاء الله .

فإن لم يعلم له ورثة ، فهى لبيت مال المسلمين لأنه وارث من لا وارث له ، وعلى أية حال لا تعتبر مباحاً غير مملوك لأحد . ولكن كثرة الفقهاء ومنهم مالك وأبو حنيفة على أنها تملك بالإحياء لأنها لا يعرف لها مالك ، فأشبهت مالا مالك له ، ولأنها إذا كانت مواتاً من القديم ، بحيث لا يعرف مبدأ لمواتها سقطت ملكيتها ، لعدم وجود محرز لها ، ولعدم صلاحيتها للانتفاع وصارت كالعادى القديم الذى ينسب إلى ملاك قبل الإسلام ، ولقد قال عليه السلام « عادى الأرض لله ولرسوله ، ثم هو بعد لكم » وقد فسر القدورى رحمه الله العادى بما قدم خرابه ولو كان فى الإسلام .

٥٥ — وإحياء الأرض جعلها صالحة للزراعة أو للانتفاع بإزالة السبب الذى جعلها غير صالحة وغير نافعة ، فإذا كان مواتها بسبب غمر المياه لها ، فإحياؤها بإقامة السدود الدافعة للمياه للتمكن منها والأخذ وقت الحاجة فقط ، وإذا كان مواتها بسبب عدم وصول المياه إليها فإحياؤها بشق الأنهر لتصل المياه إليها ، أو بوضع آلات رافعة للمياه لتصل إليها إن كانت عالية لا تصل المياه إليها من غير آلات رافعة ، أو بكريها وسقيها حتى تصير بتلك العملية صالحة للإنبات إذا كان سبب الموات فساد تربتها . وإذا أرادها قرية ، فإحياؤها ببناء حائط وتقسيمها بيوتاً ودوراً ونحو ذلك ، وقد ذكر فى المغنى أن فى الإحياء روايتين فى مذهب الإمام أحمد بن حنبل إحداهما بنحو ما ذكرنا ، والثانية « أن الإحياء ما تعارفه الناس إحياء ، لأن الشارع ورد بتعليق الملك على الإحياء ولم يبينه ، ولا ذكر كيفيته ، فيجب الرجوع فيه إلى ما كان إحياء فى العرف ، كما أنه لما ورد باعتبار القبض والحرز ، ولم يبين كيفيته كان المرجع فيه إلى العرف ، ولأن الشارع لو علق الحكم على مسمى باسم لتعلق بمسماه عند أهل اللسان ، فكذلك يتعلق الحكم بالمسمى إحياء عند أهل العرف ؛ ولأن النبى صلى الله عليه وسلم لا يعلق حكما على ما ليس إلى معرفته طريق ، فلما لم يبينه تعين العرف طريقاً لمعرفته ؛ إذ ليس له طريق سواه . إذا ثبت

هذا . فإن الأرض تحيي داراً للسكنى ، وحظيرة ، ومزرعة ، فإحياء كل واحدة من ذلك بتهيئتها للانتفاع الذى أريدت له . . . » .

٥٦ — والإحياء وحده سبب للملكية عند الصاحبين والشافعى وأحمد ابن حنبل ، مادامت الأرض لامالك لها ، فلاحاجة لثبوت الملكية بالإحياء إلى إذن الإمام ، وقال أبو حنيفة رحمه الله لايثبت الملك فى الموات بمجرد الإحياء ، بل لابد مع الإحياء من إذن الإمام .

استدل الأولون بأن الأراضى الموات ليست ملكا لبيت المال . بل هى مال مباح ، والمباح لمن سبقت يده إليه ، وقد سبقت اليد إليه بالإحياء ، فهو لمن أحياه ، فلا حاجة إلى إذن الإمام فى ثبوت الملكية ، كمن يحتطب حطباً مباحاً أو يحتش كلأً مباحاً ، فإنه يملك بمجرد الأحراز والاستيلاء ، وكمن يصطاد حيواناً لامالك له فإنه يملكه بمجرد الاصطياد ، وإذا كانت ملكية هذه الأشياء لاتحتاج فى ثبوتها إلى إذن الإمام ، فكذلك ملكية الموات من الأرضين لايحتاج الشخص فى ملكيته إلى اذن الإمام . بل إلى الإحياء فقط ، لأنه هو الذى جعله الشارع سبباً للملكية ، فقد ورد فى الحديث الشريف : « من أحيا أرضاً ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق » .

واستدل لأبى حنيفة بأن هذه الأرضين وإن كانت لامالك لها فى الإسلام ، هى فى سلطان الإمام ، ويعتبر بولايته على البلدان واضع اليد عليها ، وليس لأحد أن يستولى على ماتحت يد الإمام من غير إذن ، وقد قال عليه السلام : « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه » ولأن ولاية الإمام على أرض غير مملوكة يجعلها فى يده كالغنائم يوزعها على المسلمين ، وليس لأحد أن ينال شيئاً منها بغير أن يقسم له الإمام ويأذن له ، ولأن الإحياء من غير إذن الإمام قد يدفع إلى التزاحم ، والتنازع ، فلأجل الفصل بين الناس ولمنع النزاع بإزالة أسبابه كان لابد من إذن الإمام . اتثبت الملكية بالإحياء ، وحديث : « من

أحيا أرضاً ميتة فهى له ، لا ينافى شرط الإذن لأنه يشبه حديث « من قتل قتيلا فله سلبه »[١] ولم يقل أحد أن من قتل قتيلا فى الجهاد فى سبيل الله يأخذ سلبه من غير إذن الإمام ، فإذن الإمام ملاحظ فى الحديثين ، منعاً للتشاح والتنازع وإن لم يذكر »[٢] .

٥٧ — والتحجير لا يعتبر من أسباب الملك ، وهو أن يضع الشخص علامة فى الأرض الموات تدل على سبقه إليها ، أو يشرع فى إحيائها ، فيعد من التحجير وضع سور حول الأرض ، أو خط خطوط حولها تدل على سبق يده ، ومنها أن يقطع أشواكها ، أو يسوى عاليها بسافلها ، لأن ذلك شروع فى

(١) سلب القتيل ما يكون معه من سلاح وعتاد وقت قتاله .

(٢) قد حكى أبو يوسف رضى الله عنه خلافه مع شيخه فى كتابه الخراج ، فلننقله لنربط كلامنا بكلام هذا السلف الصالح ، وليستبين للناس كيف تكون أمانة العلم . بأنه يحكى كلام شيخه وحجته ، ويحتفل ببيان وجهة نظر شيخه — وهو مخالفه — أكثر مما يحتفل ببيان حجته مع إصراره على رأيه ، وهذا كلامه رضى الله عنه : (وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول من أحيا أرضاً مواتاً فهى له إذا أجازه الإمام ، ومن أحيا أرضاً مواتاً بغير إذن الإمام فليست له ، وللإمام أن يخرجها من يده ويصنع فيها ما رأى من الإجارة والإقطاع وغير ذلك قيل لأبى يوسف ما ينبغى لأبى حنيفة أن يكون قد قال هذا إلا من شىء ، لأن الحديث قد جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : من أحيا أرضا مواتا فهى له ، فبين لنا ذلك الشىء فهل سمعت عنه فى هذا شيئاً يحتج به . قال أبو يوسف : حجته فى ذلك أنه يقول الإحياء لا يكون إلا بإذن الإمام ، أرأيت رجلين أراد كل واحد منهما أن يختار موضعا واحداً ، وكل واحد منهما منع صاحبه ، أيهما أحق ؟ أرأيت أن أراد رجل أن يحيى أرضاً ميتة بفناء رجل ، وهو مقر أن لا حق له فيها ، فقال لا تحيا فإنها بفنائى ، وذلك يضرنى ؟ فإنما جعل أبو حنيفة إذن الإمام فى ذلك ها هنا فصلا بين الناس ، فإذا أذن الإمام فى ذلك لإنسان كان له أن يحييها ، وكان ذلك الإذن جائزا مستقيما . وإذا منع الإمام أحدا كان ذلك المنع جائزا . ولم يكن بين الناس التشاح فى الموضع الواحد ، ولا الضرار فيه مع إذن الإمام ومنعه وليس ما قال أبو حنيفة يرد الأثر له ، إنما رد الأثر أن يقول : وإن أحياها بإذن الإمام فليست له . فأما من يقول هى له ، فهذا اتباع الأثر ، ولكن بإذن الإمام ، ليكون إذنه فصلا فيما بينهم من خصوماتهم وإضرار بعضهم ببعض .

أما أنا فأرى إذا لم يكن ضرر على أحد ، ولا لأحد فيه خصومة أن إذن رسول الله صلى الله عليه وسلم جائز إلى يوم القيامة . فإذا جاء الضرر ، فهو على الحديث : « وليس لعرق ظالم حق . . » عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أحيا أرضاً ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق » . ثم يروى الحديث بروايات مختلفة كلها فى معنى واحد .

الإحياء والشروع في الإحياء من التحجير كما علمت. وهو باتفاق الفقهاء ليس كالإحياء في إثباته الملكية ؛ لأن الآثار المتضافرة تدل على أن وضع اليد على الأراضي الموات وضعاً مجرداً لا يعتبر من أسباب الملكية ، بل الآثار جعلت سبب الملكية هو وضع اليد المشتمل على إحياء الأرض وجعلها صالحة للزراعة .

والمحتجر إذا مضى على تحجيره ثلاث سنوات اتفق الفقهاء على أنه يصبح لا حق له ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « عادى الأرض لله ولرسوله ، ثم لكم من بعد ، فمن أحيا أرضاً ميتة ، فهي له ، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين » وروى مثل هذا عن عمر بن الخطاب ، فعساه يكون قد سمعه من الرسول عليه الصلاة والسلام . ولأن المحتجر إذا مضت عليه ثلاث سنين ، ولم يصلح يكون قد ضيق على الناس في حق مشترك بينهم ، إذ لهم جميعاً الحق في إحيائها وامتلاكها بهذا الإحياء ، فجاء هذا فمنع الناس عنها ، وما أحياها ، ولا ترك الناس يحيونها ، فكان في هذا المنع ظالماً معتدياً ، وما كان له بعد هذا حق في إمساكها ، لأنه لا يجوز استمرار الظلم والاعتداء بهذا المنع من غير أي ثمرة ترجى منه ، ولو جاء غيره وانتزعها منه بعد الثلاث بالقهر والغلبة وأحياها تكون ملكه باتفاق الفقهاء .

هذا ما يتعلق بشأن المحجر بعد ثلاث سنوات . أما قبل ثلاث السنوات ، فله حق متعلق بها ؛ لأن يده سبقت إليها ، والسابق إلى المباح أولى من غيره به ، وأحق بامتلاكه دون الناس أجمعين ، غير أن فقهاء الحنفية وغيرهم اختلفوا في مدى هذا الحق . فقال بعض الفقهاء إنه حق ثابت ديانة لا قضاء ؛ لأن ملكيته لم تثبت قبل ثلاث سنوات ، ولكن على الناس من حيث الديانة أن يحترموا هذا الحق ، ولكن لا يلزمون به قضاء ، ولذا إذا جاء شخص في مدة ثلاث السنوات وأحيا الأرض الموات كان المالك لها ، لأن حقه في الملك

صار أقوى من حق الآخر باليد ونظير هذا من استام شيئاً ليشتريه ، أو خطب فتاة ليتزوجها يحرم على غيره ديانة أن يستام عليه ، أو يخطب على خطبته ، فإذا جاء واستام واشترى ، أو خطب وتزوج ، لم يكن لأحد أن يمنعه بقوة القضاء ، وكان زواجه صحيحاً بلا ريب ، وبمثل هذا جاء فى الزيلعى وغيره[١] ، وقالوا إنه الصحيح .

وقال بعض الفقهاء : إن من أحيا فى مدة ثلاث السنوات لا يملك بإحيائه لأن حق المحتجر أولى من حق غيره ، والمحيي بعد تحجيره معتد عليه ؛ فلا يصح أن يكون احياؤه سبباً للملكية ، لأن الظلم لا يكون سبباً فى إثبات الملكية ، وقد قال عليه السلام : « وليس لعرق ظالم حق » إذ أنه السابق ، والسابق إلى المباح أولى به من غيره . فكان حقه الثابت بذلك السبق أولى بالرعاية ، ولذلك لا يثبت بإحياء غيره أى حق من الحقوق له .

٥٨ — والملك بالإحياء كالملك بسائر أسباب الملكية متى ثبت لشخص لا يزول عنه إلا بانتقاله بسبب من أسباب الملكية ، فما لم يحدث ذلك السبب فالملكية ثابتة للمحيي ، وإن صارت الأرض بعد ذلك مواتا بإهمالها وعدم تعهدها بالحرث والسقى . وهذا مذهب الشافعى ، وأحمد بن حنبل ، ومذهب أبى حنيفة .

وقال مالك : إن الإحياء إذا ذهب بعودة الأرض مواتا ، قبل أن ينتقل الملك إلى غير المحيي تنتهى الملكية ، ويكون لأى شخص امتلاكها بالإحياء ، وحجته فى ذلك :

(١) أنه فى إحياء الموات جعل الإحياء علة للملك ، فإذا ذهب الإحياء ذهب الملك ، لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدما ، فإذا ذهبت العلة

---

(١) ومثله جاء فى المغنى من كتب الحنابلة .

بطل الحكم ، وإذا وجدت وجد ، فلما صارت الأرض مواتاً ، ذهبت العلة ، فلم يعد للحكم وهو الملكية وجود(١) .

(٢) وأن الإحياء سبب فعلى من أسباب الملك التى ترد على المباحات ، وهى ضعيفة لورودها على غير ملك سابق ، بخلاف أسباب الملك القولية لا يبطل الملك فيها بعدم استمرارها ، لأنها ترد على مملوك فلما أصل الملك قبلها قويت إفادتها الملك لاجتماع إفادتها مع إفادة ما قبلها ، وكذلك إذا ورد البيع على الإحياء ، لم ينتقض الملك بعد ذلك لتظاهر الأسباب(٢) .

(٣) وأن الإحياء كالاصطياد واحتياز كل مباح ، إذا رفعت اليد فيه عاد مباحاً كما كان ، فالسمك إذا انفلت إلى النهر عاد مباحاً ، والحيوان الذى صيد ، إذا توحش وتأبد ، ولم يعد لليد سلطان عليه ، إلا بصيد جديد عاد مباحاً كما كان ، والماء إذا حيز ، ثم اختلط بماء النهر صار مباحاً كما كان . فكذلك الأرض الموات إذا عادت بعد الإحياء مواتاً عادت إلى ما كانت عليه من الإباحة(٣) .

---

(١) وقد رد ذلك الدليل ابن الشاط وهو مالكى ، بأن الإحياء قد ثبت فترتب أثره ، وهو الملكية ، ولم يرتفع الإحياء الذى أوجد الملكية ، لأن الواقع لا يرتفع ، إذ أن الإحياء فعل من الأفعال بمجرد حدوثه سجل فى الوجود ، فلا يمكن نفيه ، وإن كان يمكن ألا يستمر ، واستمرار الأسباب وبقاؤها ليس بشرط فى وجود الأحكام المسببة عن وجودها . فإن الملك المترتب على الشراء أو الهبة أو الإرث أو الوصية لا تستمر أسبابه ، ومقتضى كلام مالك ألا يستمر هذا الملك لعدم استمرار هذه الأسباب ، ولم يقل أحد ذلك (ملخص بتوضيح من ادرار الشروق على أنواء الفروق) .

(٢) يرد هذا الدليل بأن أى سبب من الأسباب القولية يقوم على السبب الفعلى ، وهو الاستيلاء على المباح ، فإذا كان الاستيلاء على المباح سبباً ضعيفاً ، فكل ماينبنى عليه يرد عليه ضعفه ، فإذا كان المحيى للأرض ملكه ضعيف ، فمن يستفيد الملك عن طريقه يستفيد منه هذا الضعف ، لأنه يملك بمقدار ما يملك هو .

(٣) يرد هذا الدليل بأن هذه المقدمات تطبق على الملكية بالبيع وغيره فالسمك إذا عاد إلى النهر عاد مباحاً ولو كان قد بيع ، وكذلك الحيوان إذا توحش والماء المحوز إذا اختلط بماء النهر ، فانهما يعودان مباحين ، ولو كانا قد بيعا ، ومقتضى هذا إذن أن الموات إذا بيع بعد عاد مواتاً عاد مباحا ، ولم يقل ذلك أحد حتى مالك رضى الله عنه .

واستدل أبو حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل ، بحديث « من أحيا أرضاً ميتة فهى له ، وليس لعرق ظالم حق » ، وهذا الحديث يفيد الملك بإطلاق ، والملك إذا ثبت لا يزول عن شخص إلا بالأسباب الناقلة له من شخص إلى شخص ، ولأن الإحياء كالبيع والهبة وغيرها من أسباب الملكية ، بل كلها مبنى عليه فى الأراضى وإذا كانت هذه الأسباب لاتنتهى الملكية بسببها بعودة الأرض مواتاً فكذلك الإحياء لا تنتهى الملكية بسببه بعودتها مواتاً .

٥٩ — والأرض الموات إذا أحييت ، أتعتبر من الأراضى الخراجية أم من الأراضى العشرية [١] ؟ إذا أحياها ذمى تكون خراجية ؛ لأن ما يقع تحت سلطان الذمى من الأراضى يكون خراجيا ، ولو كان قد انتقل من غيره ، بل لو كانت عشرية فى يد مسلم ، فنقلت إلى ذمى تكون خراجية عند أبى حنيفة ، وعلى ذلك يكون أولى بهذا الوصف ما أحياه هو ، وأنشأ عليه ملكا مبتدأ بالإحياء . ولأن العشر من أنواع الزكاة ، فهو عبادة ، أو على الأقل فى معناها . ولا يصح أن نفرض عبادة إسلامية على غير المسلمين ؛ لذلك كانت الأرض التى يستولى عليها ذمى خراجية ، ليفرض عليها الخراج .

وإذا أحياها مسلم ، فقد قال محمد : إنها تتبع ماءها ، فإن كانت تسقى من ماء السماء أو بئر استنبطها فيها ، أو بماء الأنهار العظام التى لا تقع فى قبضة أحد ، فهى عشرية ، وإن سقيت بماء من نهر كان قد حفره الأعاجم قبل الإسلام ، فهى

(١) الأراضى العشرية هى الأراضى التى فتحها المسلمين عنوة ، وقسمت بين الفاتحين ، والأراضى التى أسلم أهلها عليها من غير فتح . والأراضى الخراجية هى الأراضى التى فتحت عنوة وأقر أهلها عليها . ويظهر أثر التفرقة بين العشر والخراج فيما يؤخذ منهما من ضرائب ، فالعشرية يؤخذ منها العشر مما تنتج من زرع إن سقيت بغير آلة ونصف العشر إن سقيت بآلة ، وأما الخراجية فيؤخذ منها مقدار يقدره ولى الأمر على حسب ما تطيق الأرض ويسمى ذلك خراج وظيفة ، وقد يرى الإمام أن تؤخذ نسبة معينة مما يخرج من الأرض ، ويسمى ذلك خراج مقاسمة .

خراجية ، وذلك لأن الماء هو العنصر الفعال فى الزرع ، بل هو فى أغلب الأحوال ماتحتاج إليه الأراضى الموات لأجل إحيائها وجعلها صالحة الزراعة .

ولذلك تكتسب الأرض صفته ، فإن كان ماء يفيض بنعمة الله من غير عمل الإنسان كانت عشرية ، وإن كان ماء كان لغير المسلمين عليه سلطان ، وهو فى حوزتهم ، ومالكهم كانت خراجية ، لأن هذا النوع من المياه يعتبر فيئاً وغنيمة ، فهو يشبه الأراضى الخراجية ؛ فما يحييه من الأراضى يكون خراجياً .

وقال أبو يوسف إذا أحياها مسلم تعتبر عشرية إذا كانت فى حيز الأراضى العشرية بأن كانت الأرض التى هى فيها عشرية ، وتعتبر خراجية إذا كانت فى حيز الأراضى الخراجية ، وذلك لأن مرافقها متعلقة بما حولها من الأراضى ، فتكون تابعة له فى الوصف ، فإن كان خراجياً كانت مثله ، وإن كان عشرياً كانت كذلك .

٦٠ — إحياء الموات فى القانون المدنى المصرى :

الأراضى الموات ولو أنها من الأشياء المباحة بمقتضى طبيعتها معتبرة فى القانون المدنى من أملاك الدولة ؛ ولذا جاء فى المادة الثامنة مانصه : « الأموال المباحة هى التى لامالك لها ، ويجوز أن تكون ملكا لأول واضع يده عليها . ولايجوز وضع اليد على الأراضى التى من هذا القبيل إلا بإذن الحكومة حسب الشروط المقررة فى اللوائح والقوانين » .

ومن هذا يفهم أن الحكومة قد اعتبرتها ملكا لها ، وإن أقرت أنها فى الأصل من الأشياء المشتركة بالإباحة الطبيعية ، ولقد بينت ذلك لجنة المراقبة القضائية فقد جاء فى أحد منشوراتها « إن الحكومة مالكة لجميع الأراضى التى لايمكن أحداً أن يثبت ملكيته لها ، وعلى ذلك فمن أخذ أحجاراً من

أحد المحاجر سواء أ كانت مستخرجة أم استخرجها هو بنفسه يعتبر سارقاً لمال الحكومة»[١] .

وعلى هذا الأساس لم يكن الاستيلاء على الأراضى الموات كافياً للملكية كالشأن فى كل الأموال المباحة كما نصت على ذلك المادة السادسة والخمسون ، بل كانت ملكية الأراضى الموات لها طرق مقررة أخرى غير مجرد الاستيلاء ، وقد ذكر الشراح أن طرق ملكيتها ثلاثة :

(١) وضع اليد عليها المدة الطويلة المقررة فى القانون ، وهى مدة خمس عشرة سنة ، وهذا سبب عام من أسباب الملكية يشمل المباح وغير المباح من الأموال ، وإن كان هو فى الأراضى الموات التى هى فى أصلها على الشركة الطبعية أظهر ، وأكمل اثباتاً ، لأنها لم تتعلق بها ملكية أحد من الناس ، فيكون وضع اليد تلك المدة مثبتاً للحق ، من غير أن ينفى حقاً ثابتاً يناقضه . وعلى هذا فهو يثبت فى الأرض الموات الحق فى الملكية من غير أى ظلم ولا لبسه .

(٢) وضع اليد من غير تقييد بمدة معينة ، وهذا لا يثبت الملكية إلا بإذن من الحكومة ، ولا بد للإذن من إجراءات أشارت إليها المادة السابعة والخمسون من القانون المدنى ، وبينها الأمر العالى الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٤ وخلاصتها أنه لا بد من تسليم الأرض بمعرفة مندوب من المديرية ، وتصديق مجلس الوزراء ، وتحرير حجة مشتملة على شروط الإعطاء[٢] .

وإن كان تحرير تلك الحجة من حيث قوته محلا لخلاف فى الفقه وفى

---

(١) هامش كتاب الملكية العقارية فى مصر للاستاذ الكبير الدكتور محمد كامل مرسى بك ص ٩٨ .

(١) راجع فى كل هذا كتاب الملكية العقارية فى مصر لأستاذنا الجليل الدكتور محمد كامل مرسى بك .

القضاء ، فبعضهم يعتبره جزءاً متمماً لإجراء نقل الملكية ، وبعضهم يعتبره دليلا على النقل ، وليس جزءاً من أسبابه .

(٣) الزرع أو الغرس ، أو البناء ، فإذا زرع شخص فى الأراضى الموات ، أو بنى فيها بناء أو غرس أشجاراً اعتبر مالكاً لها بهذا العمل بشرط ألا تنقطع يده عنها مدة خمس سنين فى الخمس عشرة سنة التالية لإحياء الموات . وقد نصت على هذا ، وعلى ماسبقه المادة السابعة والخمسون من القانون المدنى ، وهذا نصها :

«أما الأراضى الغير المزروعة المملوكة شرعاً للميرى ، فلا يجوز وضع اليد عليها ، إلا بإذن الحكومة ، ويكون أخذها بصفة أبعادية تطبيقاً للوائح . إنما كل من زرع أرضاً من الأراضى أو بنى عليها ، أو غرس فيها غراساً يصير مالكا لتلك الأرض ملكا تاماً ، لكنه يسقط حقه فيها بعدم استعماله لها مدة خمس سنوات فى ظرف الخمس عشرة سنة التالية لأول وضع يده عليها » .

وهنا يثار بحث فى نقطتين إحداهما فى مدة خمس السنوات أهى خمس متتابعة أم يجوز أن تكون متفرقة ؟

وثانيتهما فى إذن الحكومة بالبناء أو الغرس أو الزرع أهو لازم أم غير لازم ؟

أما عن الأولى منهما فعبارة القانون ليس فيها نص مبين صريح بتعيين أى الحالين ، ولذلك يصح أن يقال إن النص لم يشترط أن تكون السنون الخمس متتابعة ، فتشمل الحالين حال التتابع وحال التفرق ، ولا يصح إيثار إحداهما على الأخرى بالاعتبار ، وعلى هذا فمتى ترك الاستعمال خمس سنوات ولو متفرقات فى مدة الخمس عشرة سنة سقطت الملكية .

ويصح أن يقال إن خمس السنوات يجب أن تكون متتابعة ، لأنها المتبادر إلى الفهم من عبارة القانون ، والقوانين تفهم بظواهر دلالاتها أولا ، ولأن

الملكية ثبتت بالغراس أو البناء أو الزرع ، فلا تسقط إلا بلفظ صريح في الإسقاط ، ظاهر الدلالة فيه قاطع غير قابل لاحتمال غيره ، وذلك لا يكون إلا إذا كانت السنوات الخمس متتابعة ، أما غير المتتابعة ، فليست الدلالة عليها بظاهر النص أو قطعية فيه ، بل هي احتمال فيه ، ولا تسقط الملكية الثابتة بالاحتمال[١] . « ولأن قصد الشارع أن تكون مدة عدم الاستعمال متتابعة ، لأن عدم الاستعمال لمدة طويلة يدل على نية الترك بخلاف عدم الاستعمال مدة قصيرة ونحن نفضل هذا الاستنباط »[٢] .

وأما لزوم إذن الحكومة بالبناء أو الغرس أو الزرع فقد اختلف القضاء فيه ، فبعض المحاكم لم يشترط الإذن وبعضها اشترطه ، بل تثبت الملكية بمجرد الإحياء في نظره .

وقد احتج الفريق الأول :

(١) بأن المادة ٥٧ ذكرت حالين إحداهما حال الملك بالإذن ، والثانية حال الملك بالغرس أو البناء أو الزرع ، ولا شك أن الحالين يجب أن تكونا مختلفتين من حيث الحكم والأثر ، ولا اختلاف بينهما إلا من حيث الإذن وعدمه ، فقد كان الإذن عماد الملكية في الحال الأولى ، فلو كان عمادها في الثانية ما كان لذكرها معنى ، ولكانت لغواً من القول ، وذلك مالا يعقل وجوده في نصوص القوانين .

(٢) وبأن الحكمة في وضع الفقرة الثانية من المادة المذكورة تشجيع الناس على استغلال الأراضي الموات ، حتى تنمو بذلك ثروة البلاد ، وهذا يجعل الزارع والغارس والباني ميزة على غيرهم من المستولين على الأراضي الذين

---

(١) في أصول الفقه الإسلامي قاعدة ، لو طبقت في هذا المقام لرجحت اشتراط التتابع ، وتلك القاعدة هي أن المطلق إذا أطلق ينصرف إلى الفرد الكامل ، ولفظ خمس سنين مطلق فينصرف إلى الفرد الكامل ، وهي خمس السنين المتتابعة .

(٢) راجع كتاب الملكية العقارية في مصر المنوه عنه سابقا .

يسمح لهم استيلاؤهم بالملكية ، وذلك لايكون إلا بإعفائهم من الإذن الذى يجب فى ملكية غيرهم ، وإلا كانوا معهم سواء ، بل إنهم يكونون أدنى حالا منهم ؛ لأن ملكيتهم تسقط بالترك خمس سنوات فى مدة خمس عشرة سنة ، بينما لاتسقط ملكية من أخذوا بصفة أبعادية بذلك ، وذلك تخريج بعيد عن الانصاف بعده عن العقول .

(٣) وأنه لاخطر على الحكومة ولا خوف على أراضيها من الملكية ، بغير إذن ، لأن الأراضى الموات إذا أحياها غارس أو بان أو زارع استفادت منها الحكومة بزيادة الثروة واتساع العمران ، وذلك يدر على مالية الحكومة أموالا من الضرائب التى تفرضها على الأرض بعد إحيائها بعد أن كانت لاتستفيد منها شيئاً قليلا أو كثيراً .

وقد احتج الفريق الثانى بأن من يريد الانتفاع بأى جزء مما تملك الدولة ما يستطيع الانتفاع به إلا بإذنها ولا يتصور أن مالك المنفعة أو حق الانتفاع يحتاج إلى الإذن ، ولاتحتاج الملكية التامة إلى الإذن .

والفرق بين فقرتى المادة ٥٧ ليس فى الإذن وعدم الإذن ، ولكن الفرق فى أن الغرس أو البناء أو الزرع يجعل المالك تاماً بمعنى أنه ليس للحكومة أن تسحب الإذن إلا إذا سقطت الملكية بالترك المنوه عنه [1] .

وأما عند عدم الزرع أو البناء أو الغرس ، فللحكومة أن تسحب الإذن فى أى وقت شاءت .

(٤) وبأنه وإن كان من فائدة الحكومة إحياء موات الأراضى نصبح أراضيها عرضة للضياع ، إذا كان كل غارس وبان وزارع يصبح مالكا بمجرد غرسه أو زرعه أو بنائه ، وقد يضيع الصالح بجوار غيره إذا فتح الباب على

---

(١) وهو ترك مدة خمس السنوات من غير استغلال فى مدة الخمس عشرة سنة .

مصراعيه ، فالأول سداً لذرائع بجعل الملكية للموات محصورة فى الإذن ، والمادة ٥٧ تقبل ذلك [١] ، ولا تمنعه .

٦١ — من كل ماتقدم يستفاد أن القانون المدنى يتقارب من مذهب أبى حنيفة فى الجملة ، فهو لم يعتبر الأراضى التى لا مالك لها من الناس خالية من الملاك ، بل اعتبرها ملكا للدولة ، وهى بهذا تمتاز عن سائر المباحث ، وبما يقرب من ذلك قال أبو حنيفة ، ولم يعتبر بمجرد إحياء الموات فى نظر القانون المدنى سبباً للملكية ، بل اشترط فى بعض تخريجاته ، وهو مانميل إليه إذن ولى الأمر مع الإحياء ، ليكون الملك تاما .

وموضع الخلاف بين الفقه والقانون أن القانون المدنى اعتبر وضع اليد بالإذن سبباً للملكية مع أن أحداً من الأئمة لم يقل ذلك فى الإحياء ، لأن التحجير لا يعتبر سبباً للملكية باتفاق الأئمة ، إلا اذا فرضنا أن الإذن من الحكومة تمليك وهبة ، وعلى ذلك لا يكون السبب فى الملكية وضع ميد ، ولكن السبب الهبة والإعطاء .

وعلى أى حال يلاحظ أن فى هذا فرقاً بين الشريعة والقانون فى الإحياء ، ولكن يلاحظ أن المادة السابعة والخمسين عبرت بالأراضى غير المزروعة وربما شمل ذلك الموات وغيره من الأراضى ، إذ عسى أن يكون من الأرض غير المزروعة ما هو صالح للزراعة ، ولكن الإهمال هو الذى جعلها غير مزروعة .

وهناك فرق آخر بين القانون والأقوال الراجحة فى الشريعة ، وهو سقوط الملكية بعد الزرع والإحياء ، إذا ترك الاستعمال خمس سنوات ، فإن أكثر الفقهاء لا يقر سقوط الملك بعد الإحياء ، ولو عاد مواتاً .

وخالف فى ذلك مالك فقط ، ومع ذلك لا نرى فى مذهبه تقدير الترك

---

(١) قد لخصنا أدلة الفريقين من كتاب الملكية العقارية فى مصر .

بخمس سنوات ، ولا تقييدها بأن يكون فى مدة خمسة عشر عاماً من تاريخ الإحياء ، وعلى أية حال نرى أن القانون فى هذه الجزئية أقرب إلى مذهب مالك من غيره .

الاستيلاء على الركاز

٦٣ — الركاز فى اللغة جمع ركزة ، وهى قطعة من جوهر الأرض المركوز فيها ، ويصح أن يكون اسم جنس جمعى مفرده ركازة ، وهى بمعنى ركزة .

وعلى ذلك فالركاز كل ما يشتمل عليه باطن الأرض من جوهر ، هو فيها بأصل خلقها وتكوينها ، كالذهب الغفل والفضة ، والأحجار الكريمة ، والفحم الحجرى ، ونحوه ، ويسمى معدناً ، أو بوضع الإنسان ، ويسمى كنزاً .

ولقد جاء فى القاموس ما نصه : « الركاز ما ركزه الله تعالى من المعادن أى أحدثه ، ودفين أهل الجاهلية ، وقطع الفضة والذهب من المعدن ، وأركز وجد الركاز »(١) .

وعلى ذلك يكون التفسير اللغوى للركاز شاملا للمعادن والكنوز سواء أكانت مودعة باطن الأرض قبل الإسلام أم كانت مودعة بعده .

ولكن عرف بعض الفقهاء خالف ذلك العموم اللغوى ، ولذا جاء فى النهاية لابن الأثير ، عند تفسير كلمة الركاز فى الحديث : « وفى الركاز الخمس » ما نصه : « الركاز عند أهل الحجاز (٢) كنوز الجاهليــة المدفونة فى الأرض ،

---

(١) ويمثل ذلك ورد فى أساس البلاغة للزمخشرى . ولذا جاء فيه : « أركز : أصاب ركاز أو معدناً أو كنزاً » .

(٢) الراجح أنه يريد من أهل الحجاز وأهل العراق فقهاء الحجاز ، وفقهاء العراق ، ولا يصح أن يريد عموم الناس فى الإقليمين ، وإلا كان ذلك إطلاقاً لغوياً مختلفا فى الإقليمين ، ويكون مناقضاً لقوله بعد ذلك : والقولان تحتملهما اللغة .

وعند أهل العراق المعادن ، والقولان تحتملهما اللغة ؛ لأن كلا منهما مركوز فى الأرض أى ثابت ، يقال ركزه يركزه ركزاً إذا دفنه » .

وهنا نجد الفقهاء قد اختلفوا فى معنى الركاز الوارد فى الحديث السابق ، فمالك والشافعى وكثيرون من الفقهاء يقصرون الركاز على دفين أهل الجاهلية ، وأبو حنيفة والثورى وغيرهما يقولون إن الركاز يشمل نوعين : المعدن ، والكنز ، لأنه فى اللغة كذلك ، وليس ثمة من مقتض للتفريق بين المعنى اللغوى والشرعى ، وجعل هذا أخص من ذلك ، والتخصيص تحكم ، لا دليل عليه ، بل قد ذهب بعضهم إلى أن الركاز حقيقة فى المعدن مجاز فى الكنز سواء أكان جاهلياً أم إسلامياً وإن ذلك الاختلاف كان أساس اختلاف الآراء الفقهية.

٦٣ — وقد انبنى على اختلاف الفقهاء فى معنى الركاز اختلافهم فى أحكام المعادن التى تكون فى باطن الأرض ، فمالك رضى الله عنه لم يخمسها لأنها ليست ركازاً ، وعنده قولان فى أحكام المعادن ، وقد ذكرهما ابن رشد فى مقدماته .

(أحدهما) أن المعادن ملك للإمام ، وليست بملك لصاحب الأرض والأمر فيها إلى الإمام يقطعها لمن يشاء ، ويعطيها لمن يعمل فيها بوجه الاجتهاد طول حياته أو مدة من الزمان من غير أن يملك أصلها ، وتؤخذ منه الزكاة إن كان فيها زكاة .

ولقد قطع النبي صلى الله عليه وسلم لبلال بن الحارث المزنى معادن من معادن القبلية (١) ، وكان لا يأخذ منها إلا الزكاة ، ولأن الذهب والفضة فى الأرض أقدم من ملك المالكين ، وملكهم إنما عرض لظاهر الأرض دون ما فى جوفها ، فبقى ما فى جوفها فيئاً للمسلمين ، يتولاه عنهم ولى أمرهم ، وينفق فى مصالحهم .

---

(١) نسبة لقبل موضع على ساحل البحر بينه وبين المدينة سير خمسة أيام .

وهذا القول يتفق مع مايدعو إليه الاشتراكيون فى أوربا ، فهم يدعون إلى أن تكون المناجم ملكا للدولة ، لأنها مصدر عظيم للثروة ، يدر الربح الكثير من غير عمل يتناسب مع مايأتى به من در وخير ، وملكيتها للآحاد يؤدى إلى أن يكون فى الدولة قوم ينالون الخير كله من غير عمل ، وبجوارهم من ينالهم التعب والنصب من غير أن ينالوا خيراً يتفق مع مابذلوا من كد واغوب . والثروة لاتكون موزعة توزيعاً عادلا متناسباً يجعل حياة الجماعة منسجمة متلائمة . إذ يكون بعض الناس يملكون القناطر المقنطرة من الذهب والفضة والخيل المسومة والأنعام والحرث ، والسيارات قد خرجت على الناس بزينتها أو ماتحمل من متع الحياة ولهوها مخترقة الميادين والسبل ، وبجوار هؤلاء الرافهين بزخرف الحياة الدنيا وزينتها قوم لايجدون مايتبلغون به ، قد علتهم صفرة ترهقها قترة من شدة الجوع والفاقة ، فكان من العدل أن تكون المناجم ، وهى تدر الخير الوفير من غير عمل كثير ملكا للدولة ، وتوزع أنزالها على الفقراء والمساكين والمتعطلين ، والغارمين ، وفى سبيل الله وابن السبيل .

هذه وجهة نظرهم فى هذا الزعم ، وتلك نتيجة مقدماتهم ، ولاشك أن ذلك القول من مذهب مالك يتلاقى فى جملته مع بعض ماتنتجه مقدماتهم ، وبعض ماترمى إليه آراؤهم .

القول الثانى : أن المعادن تابعة للأرض ، فإن كانت فى أرض حرة أو فى أرض العنوة[1] أو فى الفيافى والجبال التى هى غير مملوكة لأحد كان أمرها إلى الإمام يقطعها لمن يعمل فيها ، أو يعامل الناس على العمل فيها لجماعة المسلمين على مايجوز له ، ويأخذ منها الزكاة إن كانت الزكاة فيها واجبة .

---

(١) الأرض العنوة (الأرض الخراجية) وهى مملوكة للدولة فما فى جوفها ملك لها أيضاً .

وإن كانت فى أرض مملوكة فهى لصاحب الأرض ، لأنها تكون بمنزلة ماينبت فيها من نبات .

وقد رد هذا الدليل بأن المقايسة ليست كاملة بين الزرع والمعادن ؛ لأن الزرع ينبت بعد الملك ، فهو ثمرة من ثمراته ، وأما المعادن فهى فى الأرض من قبل طروء الملك عليها ، وما كانت داخلة فى ملك المالك عند وجود أسبابه .

وعلى هذا القول تكون الزكاة واجبة فى الذهب والفضة بمجرد العثور عليهما إذا كانا قد بلغا نصاب الزكاة ، ولا يشترط أن يحول الحول لوجوبها ، بل لا يشترط أن يكون الرجل غير مدين كالشرط فى زكاة النقدين ، وذلك لأن الذهب والفضة لما وجدا فى الأرض كانا نماء لها ، فأشبها الزرع من هذه الناحية ، والزرع تجب فيه الزكاة من غير اشتراط الحول ، ومن غير اشتراط الخلو من الديون .

غير أن الزكاة ، وهى ربع عشر الخارج تجب فى معدن الذهب والفضة إذا خرج بجهد ومشقة وعمل كثير ، أما إذا خرج بغير جهد كبير ، بل بعمل يسير أو بغير عمل ففيه الخمس لبيت المال . ولا يكون فيه مقدار الزكاة فقط ؛ لأنه فى هذه الحال يشبه دفين الجاهلية . وفيه الخمس لبيت المال .

٦٤ — هذا مذهب مالك فى المعدن ، ومذهب الشافعى فيه . قريب من القول الثانى فهو لا يرى أن ليس فى غير الذهب والفضة من المعادن شىء يؤخذ ، ويرى أنه لا يؤخذ شىء إلا إذا بلغ ما استخرج من باطن الأرض حد الزكاة ، لأن ما يؤخذ إنما هو على سبيل الزكاة ، ويختلف عن القول الثانى فى مذهب مالك فى ثلاث نقط .

(الأولى) أن الأرض المباحة يكون المعدن فيها على مذهب مالك الإمام ، على ما ذكرنا ، وأما عند الشافعى ، فيكون المعدن لمن وجده ، وتجب الزكاة إن بلغ نصاباً .

(الثانية) أن الزكاة هى الواجبة سواء ما استخرج كان بجهد يسير أم بجهد كبير وذلك عند الشافعى .

أما مالك، فقد علمت أن الخارج بجهد يسير أو بغير جهد قط، فالواجب فيه الخمس.

(الثالثة) أن الحول شرط فى بعض الأقوال عند الشافعية ، ولذا جاء فى المهذب ما نصه : « ويجب حق المعدن بالوجود، ولا يعتبر فيه الحول فى أظهر القولين ؛ لأن الحول يراد لتكامل النماء وبالوجود يصل النماء ، فلم يعتبر فيه الحول كالعشر ، وقال البويطى لا يجب حتى يحول الحول ؛ لأنه زكاة فى مال تتكرر فيه الزكاة ، فاعتبر فيها الحول كسائر الزكوات » .

٦٥ — هذا قول الإمامين الجليلين الشافعى ، ومالك فى المعدن ، وبنوا أقوالها على أن المعدن غير الركاز ، ولو كان المعدن داخلا فى عموم الركاز لكان داخلا فى عموم الحديث الشريف : « وفى الركاز الخمس » .

أما الحنفية ، فهم يعدون المعدن من الركاز ، ولذا يقولون إن المعادن التى تذوب بالنار يجب فيها الخمس ؛ لأن كلمة الركاز تشمل المعادن التى تذوب بالنار ، بل على التحقيق الركاز حقيقة فيها مجاز فى غيرها ، ولنترك القلم لأبى يوسف رحمه الله يوضح المذهب ، فقد قال فى كتاب الخراج ما نصه :

« فى كل ما أصيب من المعادن من قليل أو كثير الخمس ، ولو أن رجلا أصاب فى معدن أقل من وزن مائتى [1] درهم أو أقل من وزن عشرين مثقالا فإن فيه الخمس ، ليس هذا على موضع الزكاة ، إنما هو على موضع الغنائم ، وليس فى تراب ذلك شىء .

إنما الخمس فى الذهب الخالص ، وفى الفضة الخالصة ، والحديد والنحاس والرصاص . ولا يحسب لمن استخرج ذلك من نفقته عليه شىء إلا بعد

---

(١) وزن مائتى الدرهم من الفضة أو العشرين مثقالا من ذهب هى نصاب الزكاة .

تصفيتها ؛ قد تكون النفقة تستغرق ذلك كله ؛ فلا يجب إذن فيه خمس عليه ، وفيه الخمس حين يفرغ من تصفيته قليلا كان أو كثيراً ، ولا يحسب له من نفقته شيء .

وما استخرج من المعادن سوى ذلك من الحجارة ، مثل الياقوت والفيروزج والكحل والكبريت والمغرة فلا خمس فى شيء من ذلك إنما ذلك كله بمنزلة الطين والتراب .

ولو أن الذى أصاب شيئاً من الذهب أو الفضة ، أو الحديد، أو الرصاص، أو النحاس كان عليه دين فادح لم يبطل ذلك الخمس عنه ، ألا ترى لو أن جنداً من الأجناد أصابوا غنيمة من أهل الحرب خمست ، ولم ينظر أعليهم دين أم لا ، ولو كان عليهم دين لم يمنع ذلك من الخمس » .

ولم يقتصر أبو يوسف فى أخذ الخمس على ما يستخرج من باطن الأرض ، بل أوجب أخذ الخمس فيما يدسره البحر من حلية ولآلىء ؛ ولذا قال فى كتاب الخراج :

« وسألت يا أمير المؤمنين عما يخرج من البحر من حلية وعنبر ، فإن فيما يخرج من البحر من الحلية والعنبر الخمس ، وأما غيرهما فلا شيء فيه ، وقد كان أبو حنيفة وابن أبى ليلى رحمهما الله يقولان : ليس فى شيء من ذلك شيء ؛ لأنه بمنزلة السمك . وأما أنا فإنى أرى فى ذلك الخمس ، وأربعة أخماسه لمن أخرجه ، لأنا قد روينا فيه حديثاً عن عمر رضى الله عنه ، ووافقه عليه عبدالله بن عباس ... فقد روى عبدالله بن عباس أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه استعمل يعلى بن أمية على البحر ، فكتب إليه فى عنبرة وجدها رجل على الساحل يسأله عنها وعما فيها ، فكتب إليه عمر : « إنه سيب من سيب الله ، فيها وفيما أخرج الله جل ثناؤه من البحر الخمس » وقال عبدالله بن عباس : « وذلك رأيى » .

٦٦ — والذى يستفاد من كلام أبى يوسف فى كتاب الخراج بصدد بيان مذهبه ومذهب سائر الحنفية وما تذكره كتب الفقه أن المعادن ثلاثة :

(١) معادن صلبة تذوب بالنار وتنطبع ، كالذهب والفضة والحديد والنحاس وغيرها ، مما يشبهها من فلزات الأرض .

(٢) ومعادن صلبة غير قابلة للانطباع والذوب بالنار كالجص والكحل ، والفحم الحجرى ، والماس ، والأحجـــار الكريمة التى تستخرج من باطن الأرض .

(٣) ومعادن سائلة كالزئبق والنفط . وقد جعل الخمس فى القسم الأول باتفاق الحنفية وحجتهم فى ذلك :

١ — أن جل الأراضى الخراجية والعشرية كانت تحت أيدى غير المسلمين ، ولما فتحها الله على المسلمين صارت بمقتضى هذا الفتح فى قبضة ولى أمر المسلمين يصرفها فى مصلحة المسلمين بما يراه أقرب إلى الإصلاح والعدل ، وأبعد عن الظلم والفساد ، فإما أن يبقيها فى يد المغلوبين ، ويفرض عليها خراجاً ، وإما أن يوزعها على الفاتحين ، ويأخذ منها العشر مما تنتج من زرع . وسواء أبقاها فى أيدى أصحابها أم انتزعها ووزعها على الغزاة فتصرفه فيها لا يعدو ظاهر الأرض وأجزاءها التى هى من جنسها كالأحجار والمعادن الحجرية .

أما المعادن التى ليست من جنس الأرض ، وهى الفلزات التى تذوب بالنار وتقبل الطرق والسحب فالتصرف لم يتناولها ، وهى باقية على أصل يد الإمام ويكون حكمها حكم سائر الغنائم . والغنائم خمسها لبيت المال ، قال الله تعالى : واعلموا أنما غنمتم من شىء فأن لله خمسه ، وللرسول ، ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل » وإذن فالمعادن التى توجد فى الأراضى التى لا مالك لها ، يكون خمسها لبيت المال ، لأن لها حكم هذه الغنائم ، وأربعة الأخماس تكون للواجد ، وقد يقال إن مقتضى منطق هذه الفكرة . وتساوق أجزائها

أن ترد أربعة الأجزاء للغزاة من الفاتحين بمقتضى أحكام الغنائم المقررة فى الفقه الإسلامى، فإن لم يكونوا على قيد الحياة فلورثتهم، فإن لم يعرف الفاتحون أو ورثتهم فلبيت المال، وقد أجيب عن هذه بأن أيدى الفاتحين كانت ثابتة على ظاهر الأرض بمقتضى الفتح، وثبوتها على ما فى باطنها حكمى على أنه ثمرة الاستيلاء على الظاهر، وقد كان هذا كافياً لإثبات خمس بيت المال. ولكن لا تكفى تلك اليد الحكمية لإثبات حق الغانمين؛ لأن يد الواجد يد حقيقية، واليد الحكمية لا تعارض اليد الحقيقية فى إثبات الملكية، لذلك كان الواجد أولى بأربعة الأخماس من الغانمين[١].

(ب) قال الرسول صلى الله عليه وسلم: «العجماء جبار[٢]، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفى الركاز الخمس» . . وقد أخذ أبو حنيفة وأصحابه من هذا الحديث دليلا على أن المعادن تجب فيها الخمس إذا كانت من غير جنس الأرض؛ لأن كلمة الركاز تشملها إذ الركاز جمع ركزة أو ركازة، وهما يطلقان على جواهر الأرض المدفونة فيها، وعلى ذلك يكون فى المعادن التى تعتبر دفينة فى الأرض — وهى ما ليس من جنسها — الخمس لبيت المال بمقتضى الحديث.

ولا ينفى هذا الاستدلال، قول النبى صلى الله عليه وسلم فى صدر الحديث، والمعدن جبار أى هدر لأن ذلك ليس معناه لا شىء فيه من الواجبات والفرائض المالية الواجبة لبيت المال؛ بل إن المراد أن من يهلك بسببه أو من يهلك بسبب العجماء أو بسبب الوقوع فى البئر، فقد هلك من غير دية واجبة، ويطل دمه ويذهب هدراً.

---

(١) راجع فى هذا الهداية وفتح القدير والعناية والزيلعى والبدائع.

(٢) جبار معناه هدر، فسره المالكية والشافعية بمعنى أنه لا شىء فيه خمساً أو غيره، والركاز على هذا يجب أن يكون شيئاً غير المعدن، وفسروه بأنه دفين الجاهلية من الكنوز

وقد كان العرب قبل الإسلام إذا عطب الرجل منهم فى قليب[١] جعلوا القليب عقله ، وإذا قتلته دابة جعلوها عقله ، وإذا قتله معدن جعلوه عقله[٢] ، فبين النبى صلى الله عليه وسلم أن شيئاً من هذه الأشياء لا يكون عقلا لمن يقتل بسببها من غير تسبب أصحابها .

وناسب بعد بيان حكم المعادن والمناجم إذا قتل فيها شخص أن يبين حق بيت المال فيها ، وهو حق الله سبحانه وتعالى ، فبين أنه الخمس ، وعلى ذلك لا يكون صدر الحديث منافياً لتفسير الركاز بما يشمل المعادن ، بل على النقيض من ذلك يمهد له ، ويهيء الأذهان لتقبله .

وفى الحق أن ذلك الحديث موضع تنازع الشافعية والحنفية فى الاستدلال ، فالشافعية اتخذوا منه دليلا على أن المعادن لا خمس فيها ، لأن صدر الحديث يبين أنها جبار لا شيء فيها ، وأن الركاز مقصور على دفين الجاهلية .

والحنفية يتخذون من الحديث حجة لهم على النحو الذى بيناه ، وإنا نميل إلى تخريج الحديث على مقتضى مذهب الحنفية ، لأننا لو فسرنا كلمة جبار بمعنى لا شيء فيه ، كان المعنى أن كل معدن لا شيء فيه ، وكل دابة لا شيء فيها مع إجماع العلماء على أن من الدواب ما فيه الزكاة ، ومن المعادن ما فيه الزكاة ، وإذن فالأولى أن تفسر كلمة جبار بما لا يتنافى مع ما هو مقرر فى الشرع الإسلامى ، وهو ما فسرها به الحنفية ، وهذا التفسير فوق ذلك مأثور ، فهو أحرى بالقبول .

(ج) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « فى السيوب الخمس »

---

(١) القيب: البئر والعقل: الدية .

(٢) راجع فى هذا كتاب الخراج لأبى يوسف .

والسيوب هى عروق الذهب والفضة ، وإذا كان الذهب والفضة قد وجب فيها الخمس ، فكل مايشبهها فى خواصهما من قابلية للانصهار والتمدد بالحرارة والطرق والسحب والانطباع له حكمهما ، لأنه ليس من جنس الأرض مثلهما ، فهو دفين فيها فله حكمهما .

٦٧ — وإذا كان الخمس فى المعادن القابلة للانطباع لبيت المال فأربعة الأخماس للواجد ، وذلك بالاتفاق عند الحنفية إذا كانت الأرض ليس لها مالك .

وإذا كانت الأرض مملوكة ملكا خاصاً ، ففى المسألة روايتان :

رواية أنه لاخمس فيها لبيت المال ، بل يكون كل المعدن لمالكها ، وذلك لأن المالك قد ملك الأرض بكل أجزائها ، ولا شك أن المعادن كيفما كان نوعها تعتبر من أجزاء الأرض ، لامن دفائنها ، وعلى ذلك يكون لها حكم الأرض فى ملكيتها لصاحبها .

والرواية الثانية : وهى رواية الجامع الصغير عن أبى حنيفة وهى رأى الصاحبين - أنها يؤخذ منها الخمس ، وأربعة الأخماس تكون للمالك ، وهذا هو الراجح ، لما ذكرنا من الأدلة، وما سقناه من البراهين ، فإنها بعموم ما تنتج من أحكام تشمل معادن الأراضى المملوكة والأراضى غير المملوكة ، ولا دليل على تخصيصها بمعادن غير المملوكة ، فما لم يقم الدليل ، فالنتيجة على عمومها .

٦٨ — وإن كان هذا المعدن فى دار لا فى أرض زراعية ، فقد اختلف فيه الإمام وصاحباه ، فالصاحبان يريان أن فيه الخمس لبيت المال ، وأربعة الأخماس للمالك ، لعموم الأدلة التى تثبت أن فى المعادن الخمس لبيت المال ، وقد بيناها فى النبذة السابقة .

وقال الإمام : إنها لا خمس فيها ، بل كلها لمالك الأرض .

ووجهه فى ذلك أن الضرائب المالية لا تفرض على الدور فى الإسلام ؛ لأن المفروض فى الدور أنها من حاجات الإنسان الأصلية ، وقد كانت كذلك فى غابر الأزمان فى عصر ازدهار النهضة الفقهية الإسلامية ، بل كانت الضرائب خراجاً أو عشراً على الأراضى الزراعية ، وإذا كانت الدور بمقتضى ما تنتجه قواعد الفقه الحنفى ليس عليها مؤن ولا فرائض مالية ، فكذلك كل ما يتصل بها ، وكل ما هو من أجزاء أرضها لا مئونة فيه ، ولا ضرائب تجبى منه ، والمعادن كيفما كانت حالها جزء من أرض الدار إن وجدت فيها فلها حكمها ، فلا يكون ثمة فريضة مالية ، وعلى ذلك لا يكون فيها خمس .

٦٩ — تبين مما تقدم أن المعادن التى تقبل الانصهار بالنار والانطباع فيها الخمس باتفاق فقهاء الحنفية فى الجملة ، وإن اختلفوا فى بعض التفصيل على النحو الذى ذكرناه ، وقد اتفقوا على أنه لا خمس فى المعادن الحجرية ، لأنها جزء من الأرض ومن جنسها ، فهى تابعة للأرض من كل الوجوه ، فإن كانت الأرض لا مالك لها ، فهى لواجدها ، وإن كانت الأرض مملوكة فهى لمالكها ، وكذلك اتفقوا على حكم المعادن السائلة ما عدا الزئبق ، فلا خمس فيها بالاتفاق ؛ لأنها تشبه الماء ، فهى لمحرزها ؛ لأن الماء يملك بالإحراز ، ولا خمس فيه لبيت المال .

ولكنهم اختلفوا فى موضعين :

أحدهما فى الزئبق أن فيه الخمس أم لا خمس فيه ؟ وفى لآلىء البحار أفيها الخمس أم لا ؟

فأما الزئبق ، فقد قال أبو حنيفة ومحمد رضى الله عنهما أن فيه الخمس لأنه يشبه الرصاص ، فهو من الفلزات المعدنية وإن كان سائلا .

وقال أبو يوسف إنه سائل ، فهو كالزيوت الأرضية كالبترول ونحوه .

وقد كان هذا رأى أبي حنيفة ، والأول رأى أبي يوسف ، ولكن رجع كلاهما عن رأيه إلى الآخر ، فقد جاء في البدائع وشرح الزيلعي أن أبا يوسف قال : « سألت أبا حنيفة عن الزئبق ، فقال لاخمس فيه ، فلم أزل به حتى قال فيه الخمس ، وكنت أظن أنه مثل الرصاص والحديد ، ثم بلغني بعد ذلك أنه ليس كذلك ، وهو بمنزلة القير والنفط » .

وأما مايوجد في البحار من لآلىء وعنبر ، بل ذهب وفضة وغيرهما من المعادن فلا خمس فيه عند أبي حنيفة ومحمد ؛ لورود الآثار عن ابن عباس أنه قال لاخمس فيه ، ولأن سبب الخمس فى المعادن التى ذكرناها يد الإمام على الأراضى المفتوحة ، وما فى باطنها ، وليس للإمام يد على البحار ، ولأن مايؤخذ من البحار يشبه الأسماك التي تصاد منها وليس لبيت المال الخمس فى الأسماك .

وقال أبو يوسف فيما يلقيه البحر الخمس ، وحجته فى ذلك أن عمر رضى الله عنه أخذه منه .

٧٠ — ماذكرناه كله كان فى المعادن ، وهو خلاصة آراء الأئمة فيها ، أما الكنوز . فقد اتفق الفقهاء على أن ما كان عليها شعار يدل على أنها دفنت فى الأرض بعد الإسلام فهى كنوز إسلامية ، تجرى عليها أحكام اللقطة ، فيعرف لاقطها عنها المدة المقررة لأمثالها من الأشياء : فإن عرف مالكها أخذها ، وإن لم يعرف مالكها ، تصدق بها على الفقراء والمساكين وغيرهم من مصارف الصدقات ، ولا مانع حينئذ من أن ينفقها فى شئونه الخاصة إن كان فقيراً تجرى عليه الصدقة ، وتجزىء فيه الزكاة .

وإذا لم يكن على الكنوز شعار يدل على أنها دفنت قبل الإسلام ، كما لم يكن ما يدل على أنها دفنت بعده فالفقهاء الأقدمون كانوا يقولون أنها تكون جاهلية ،

ويجرى عليها أحكام الكنوز الجاهلية التى سنبينها فيما يأتى ، لأن الأغلب الشائع فى عصرهم أن الكنوز من وضع أهل الجاهلية ، ولكن خلف من بعد هؤلاء الفقهاء خلف رأوا تطاول العهود الإسلامية ، وتقادم العهود الجاهلية ، وبعد المدى بينهم وبينها ، فاعتبروا لذلك كل كنز ليس عليه شعار يدل على دفنه فى الجاهلية أو بعد الإسلام — إسلامياً ، إذ ذلك هو القريب إلى الظن الراجح ، لطول الأمد ، وتقادم الأزمان . وهذا كلام فى ذاته مقبول .

٧١ — هذا بإيجاز رأى العلماء فى الكنز الإسلامى . أما رأيهم فى الكنز الجاهلى ، وهو دفين أهل الجاهلية الذى اشتمل على مايدل على ذلك ، أو لم يقم دليل على أنه دفين أهل الإسلام على الخلاف الذى أسلفناه — فقد اتفقوا على أساس فيه ، وهو أخذ خمسه لبيت المال ، وذلك لاتفاقهم على انطباق الحديث المشهور (وفى الركاز الخمس) عليه ، وإن اختلفوا فى أنه يشمل المعادن أو لا يشملها .

٧٢ — ومع اتفاقهم على هذا الأصل ، وهو أن دفين الجاهلية فيه الخمس لبيت المال اختلفوا فى تفصيلات حول هذا الأصل .

وجملة ما اختلفوا فيه :

(١) نوع الدفين الذى يجب فيه الخمس .

(٢) والأراضى التى يجب فيما يوجد فيها من الدفائن الجاهلية الخمس .

(٣) ومقدار الدفائن التى تخمس .

أما نوع الدفين فقد قال فقهاء الحنفية والمالكية : إن كل دفين ذى قيمة سواء أكان من المعادن القابلة للانصهار أم من المعادن الحجرية كالياقوت والماس يخمس ؛ وذلك لأنه فى معنى الغنائم إذ هو على حكم ملك الجاهليين ، واستولى عليه ، والغنائم يؤخذ خمسها لبيت المال ، ولأن النص « فى الركاز

الخمس ، يشمله من غير تفرقة بين معدن ومعدن ، ولا بين نوع ونوع .

وفى مذهب الشافعي أن الأثمان، وهى الذهب والفضة فيها الخمس إن كانت من دفائن الجاهلية ، أما غير الأثمان ففى المذهب القديم يجب الخمس ؛ لأن عليه حقاً مقدراً بالخمس ، فلم يختص بالأثمان كخمس الغنيمة . وقال فى الجديد لا يجب الخمس فى غير الأثمان ، لأنه حق متعلق بالمستفاد من الأرض فاختص بالأثمان كالمعدن عنده .

ومثل هذا جرى الخلاف فى اشتراط مقدار نصاب الزكاة فى الدفين، فالأئمة والمذهب القديم عند الشافعى لا يشترطون لثبوت الخمس نصاباً ، لأن الخمس لا يؤخذ على موضع الزكاة ، بل يؤخذ على أنه غنائم ، والغنائم تخمس أياً كان مقدارها . ولأن ما يخمس كثيره يخمس قليله .

وفى مذهب الشافعى الجديد لا يخمس مادون النصاب ؛ لأنه حق متعلق بالمستفاد من الأرض فاعتبر فيه النصاب كالمعدن عنده .

وأما الأراضى التى يؤخذ خمس مافيها من كنوز الجاهلية ، فهى كل الأراضى من غير قيد ولا شرط ، سواء أكانت أراضى خراجية أم أراضى عشرية ، وسواء أكانت مباحة أم مملوكة ملكا خاصاً ، وسواء أكانت جبالا أم صحراء أم مزارع .

وفى مذهب الشافعى أن الخمس لا يؤخذ إلا من الكنز الجاهلى الذى وجد فى أرض موات أو أرض غير موات لم يعرف مالكها ؛ لأن الموات لا مالك له ، وما لا يعرف مالكه بمنزلة الموات وأما فى غير هذين النوعين من الأراضى فلا خمس ، بل كله للمالك ، إذا كان المالك مسلماً أو ذمياً .

٧٣ — وهذه خلاصة مايقال فى نوع الكنز الجاهلى الذى يجب فيه الخمس ، ومقداره ، والأراضي التي يوجد فيها والاختلاف في ذلك ومنه يتبين

أن مذهب الحنفية لا يعين فيه نوعاً خاصاً ولا مقداراً خاصاً ، ولا أرضاً خاصة ، بل فيه كله الخمس .

أما أربعة الأخماس ، فمذهب أبي يوسف أنها للواجد ، وكذلك الشافعي ، لأن الشافعي لا يفرض الخمس في ركاز إلا في أرض ليس لها مالك ، فمن البداهة أن تكون أربعة الأخماس للواجد ؛ لأنه لا منازع ينازعه .

أما أبو يوسف الذي يفرض كسائر الحنفية أن الخمس حق مقرر لبيت المال في الكنوز الجاهلية كلها ، مهما تكن حال الأراضي التي يكون فيها ، فحجته في حكمه بأن أربعة الأخماس تكون للواجد - أن هذه الكنوز غنيمة والغنائم لمن استولى عليها ، وأول مستول عليها في الإسلام هو الذي وجدها وعثر عليها ، فهو بهذا الاعتبار المالك لها ، وما الخمس الذي يؤخذ منها إلا على هذا الوجه ، ولأن أول مالك الأرض في الإسلام الذي اختطها الإمام له ، وأعطاه إياها ما ملك إلا الأرض وما هو من أجزائها ، ولا شك أن هذه الكنوز ليست جزءاً من الأرض فلا يرد عليها ملك المالك الذي اختطت له ، وإذا باع المالك الأرض لغيره فالبيع ما وقع إلا على ما يملك وهو الأرض وأجزاؤها ، والكنز الجاهلي ليس منها ، بل هو باق على أصله ، وهو كونه غنيمة بحكم أنه مال جاهليين محاربين ، فهو لأول مستول عليه ، وهو الواجد ، ولبيت المال الخمس .

— وقال أبو حنيفة ومحمد ، وهو مذهب مالك : إن أربعة الأخماس تكون للواجد إن كانت الأرض غير مملوكة لأحد ، وأما إذا كانت مملوكة ملكاً خاصاً فهي لأول مختط في الإسلام ، أي لأول من تلقى ملكية هذه الأرض من الإمام عندما افتتحها المسلمون ، ووزعها الإمام ، فإن لم يكن المختط حياً فلورثته .

فإن لم يعرف أول مختط ولا ورثته ، فقيل تكون لبيت المال ، لأنه وارث من لا يعرف له وارث ، وقيل تكون لأقصى مالك معروف في الإسلام ،

ولورثته من بعده ثم لبيت المال ، وعلى أية حال فلب الفكرة أن أربعة الأخماس لا تعطى لمالك الأرض وقت العثور على الكنز باعتباره مالكا لها الآن ، ولا تعطى للواجد وإنما تعطى لأول مختط على التفصيل الذى بيناه .

ووجهة نظر أولئك الأئمة فى البحث عن أول مختط أو ورثته ، وإعطائه أربعة الأخماس أن الإمام عندما أعطاه الأرض ، إنما ملكه إياها ، لأنه هو وسائر الفاتحين قد استولوا على الأرض بما فيها ، لأن الاستيلاء واقع على الجميع ، ولذلك يكون توزيع الإمام الأراضى واقعاً على الأرض وما فيها أيضاً ، فيكون صاحب الخطة على تلك الأرض التى ظهر فيها الكنز الجاهلى مالكا للكنز بمقتضى امتلاكه الأرض بتوزيع الإمام .

وانتقال الملك من صاحب الخطة إلى غيره بعقد من عقود نقل الملكية يرد على الأرض من غير الكنوز التى فى داخلها ؛ وذلك لأن العقود ترد على ماهو محلها ، وموضعها ، وموضع العقد الأرض لا ما فى باطنها ، والذى لاحظه العاقدان عند العقد هو الأرض من غير أن يلاحظ ما فى باطنها ، وعلى ذلك تكون أربعة أخماس الكنوز الجاهلية لصاحب الخطة ولورثته من بعده ، ولو انتقلت ملكية الأرض لغيرهم ؛ لأن العقود الناقلة للملكية لم ترد عليها ، فلم تنقل من صاحب الخطة أو ورثته .

ونظير ذلك من يصطاد سمكة قد ابتلعت لؤلؤة ، أو يصطاد طائراً قد ابتلع فصاً من الأحجار الكريمة ، ثم يبيعهما غير عالم بما فى باطنهما ، فإن ملكية اللؤلؤة والحجر الكريم الثابتة بالاستيلاء لا تزول بعقد البيع ؛ لأن عقد البيع قد ورد على السمكة من غير لؤلؤة ، وعلى الطيور من غير الحجر الكريم ، فالملكية فيهما تستمر ثابتة للصائد بمقتضى الاستيلاء .

٧٤ – هـذه كلمات موجزة فى أحكام المعادن والكنوز فى الشريعة الإسلامية، والأصول التى بنيت عليها، والآن نريد أن نشير إلى كلمة القانون المدنى المصرى فى المعادن والكنوز .

أما المعادن فيعتبرها القانون تابعة للأرض فى ملكيتها، فإن كانت الأرض مملوكة ملكا خاصاً فهى لذلك المالك، وإن كانت مملوكة للدولة ملكا خاصاً أو عاماً فهى للدولة، لأن من ملك الأرض قانوناً ملك ما فوقها، وما تحتها، وما على سطحها، وما فى داخل جوفها، لا فرق فى ذلك بين أن يكون فلزاً من فلزات الأرض، أو حجراً من أحجارها، أو ينبوعاً من ينابيعها الزيتية.

أما الكنوز، فهى لمالك الأرض إن كانت الأرض مملوكة، ولواجدها إن كانت الأرض غير مملوكة، وذلك إن كان الكنز غير معروف صاحبه، فإن عرف صاحبه فهو له، وذلك من غير تفرقة بين كنز جاهلى وغير جاهلى. غير أن هناك رسماً مقرراً على ذلك قد بينته لائحة الرسوم .

وقد ذكرت تلك الأحكام المادة ٥٨ وهذا نصها : «المال المدفون فى الأرض الذى لا يعلم له صاحب يكون لمالك تلك الأرض، وإذا لم يكن للأرض مالك كان المال المذكور لمن وجده، وعلى كل حال يجب أن يدفع للحكومة الرسم المقرر فى لوائحها» .

وهذه الأحكام العامة فى الكنوز لا تطبق على الكنوز التى تكون ذات قيمة تاريخية فى التعريف بعصر من العصور، أو بأمر من أمور الأمة فى جيل من أجيالها، وهى تسمى بالآثار، فلذلك قانون قائم به مستقل هو القانون رقم ١٢ لسنة ١٩١٢ .

وقد اعتبرت الحكومة بمقتضى هذا القانون كل أثر فى جميع أنحاء القطر

المصرى يكون على سطح الأرض أو فى باطنها من الأملاك العامة إلا آثاراً قد استثناها هذا القانون نفسه (١) .

وقد عرف ذلك القانون فى مادته الثانية الآثار بأنها كل ما أظهرته وما أحدثته الفنون والعلوم والآداب والديانات ، والأخلاق والصناع فى القطر المصرى على عهد الفراعنة ، وملوك اليونان ، والرومان للدولتين الغربية والشرقية ، والآثار القبطية كمعابد وثنية ، وما هو مهجور وغير مستعمل من كنائس كبرى أوصغرى وأديرة ، وكحصون وأسوار مدن ، وبيوت وحمامات ، ومقاييس النيل ، وآبار مبنية وصهاريج وطرق ، ومحاجر أثرية ومسلات وأهرام ، ومصاطب ومقابر مبنية أو محفورة فى الجبل ظاهرة كانت على وجه الأرض أوغير ظاهرة ، ونقوش وتوابيت من أية مادة ، مزخرفة كانت أوبدون زخرفة ، وأغطية المومياء المصنوعة من الورق المقوى ، ومومياءات الإنسان والحيوان والصور والوجوه الصناعية للمومياءات ملونة كانت أو مذهبة ، وشواهد القبور والتماثيل الكبيرة أو الصغيرة سواء كان عليها كتابة أم لا .

والنقوش على الصخور ، والشقف المرسوم ، والنسخ المكتوبة على الرق أو القماش أو البردى والأسلحة والعدد والمواعين ، والآنية والزجاج ، والصناديق الصغيرة ، وأدوات القرابين ، وأقمشة الملابس ، والملابس والزخارف ، والخواتيم ، والحلى والجعلان ، والتمائم من أى شكل وأية مادة كانت ، والمثاقيل ، والعملة القديمة ، والمسكوكات ، والقوالب والحجارة المحفورة » .

وترى من هذا النص أن بعض الكنز الجاهلى دخل فى عموم ذلك القانون وكان بعض آحاده . ولكن الآثار العربية وهى ما يعتبر بعضها كنزاً إسلامياً

---

(١) المادة الأولى من هذا القانون — راجع المجموعة المدنية .

لم تدخل فى هذه المادة لأن مدى تلك المادة لا يتجاوز آثار اليونان والرومان، والآثار القبطية .

ولذا لا يشمل ذلك القانون الآثار العربية . ولقد جاء حكمها فى القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٨ وفيه اعتبر الأصل فى الآثار العربية أن تكون ملكا للدولة كالآثار المصرية واليونانية والرومانية ، وقد اعتبر أثراً عربياً « كل ثابت أو منقول يرجع عهده إلى المدة المنحصرة بين فتح العرب لمصر ، وبين وفاة محمد على مماله قيمة فنية أو تاريخية ، أو أثرية باعتباره مظهراً من مظاهر الحضارة الإسلامية أو الحضارات المختلفة التى قامت على سواحل البحر الأبيض المتوسط ، وكانت لها صلة تاريخية بمصر ويسرى حكم الآثار العربية على ماله قيمة فنية أو تاريخيه أو أثرية من الأديرة والكنائس القبطية المعمورة ، والتى تقام فيها الشعائر الدينية التى يرجع عهدها إلى المدة المنحصرة بين أوائل الدين المسيحى ، وبين وفاة محمد على » .

ومن كل هذا يستفاد أن الأصل فى الآثار سواء أكانت فرعونية أم مسيحية أم يونانية أم رومانية أم عربية أن تكون ملكا للدولة .

وبذلك خالف القانون فى الآثار أحكام الشريعة فى الكنوز التى تعد منها سواء أكانت جاهلية أم إسلامية ، كما خالفها فى الكنوز التى لا تعتبر آثاراً على ما بينا .

الصيد

٧٥ — الصيد اسم لكل حيوان ممتنع على الإنسان لا يمكن أخذه واحتيازه إلا بعمل ، إما لتأبده فى الفلاة أو طيرانه فى الهواء ، أو سبحه فى أعماق الماء ، وكل حيوان على هذا الوصف مباح لا يعتبر مملوكا لأحد ، ما دام لم يسبق الاستيلاء عليه ، فإن سبق أخذه بالاستيلاء عليه ، ثم انطلق

منه وأبق ، فهو مملوك له وليس بمباح ، فالغزال إن استولى عليه شخص ، ثم أبق ، وعليه علامة تدل على سبق الاستيلاء كطوق فى عنقه ، فهو مال لمن سبق إليه أولا ، ومن عثر عليه ثانياً يعتبر فى يده لقطة ، يجب التعريف عنها حتى يعرف صاحبها ، أو يستيئس اللاقط من معرفته على ماهو مقرر فى أحكام اللقطة ، فيتصدق بها على الفقراء ، أو تصرف فى مصارف الصدقات بتعبير أعم .

وإذا كان الحيوان الممتنع لم يثبت أن أحد استولى عليه من قبل ، فهو مباح يملكه من يصطاده ، واصطياده أن يمسكه بالفعل ، كمن يطارد ظبياً ، حتى يمسكه ، وكمن يلقى شبكته ويستولى على السمك ويمسكه .

ويعتبر اصطياداً كل فعل من شأنه أن يخرج الحيوان عن صفة الامتناع ، وعدم القدرة عليه ، ويشترط لأجل أن يكون هذا الفعل اصطياداً مثبتاً للملكية شرطان :

أحدهما أن يجعل الفعل الحيوان غير قادر على الفرار والعودة إلى حاله الطبيعية التى كان عليها ، بحيث يصير فى مكنة الشخص أن يقبض عليه من غير أى معاناة .

ثانيهما أن يكون قاصداً بذلك الفعل الاصطياد لا أمراً آخر .

وعلى ذلك يكون من الاصطياد حفر حفرة لتكون شركا تتردى فيه الظباء أو أى حيوان متوحش ، فإذا وقع فيها ذلك الحيوان فبمجرد وقوعه يكون لحافر الحفرة ، لوجود الاصطياد الذى هو من نوع الاستيلاء على المباح ، بتحقق الشرطين ، ومن يستولى عليه بعد ذلك يعد مغتصباً له من حافر الحفرة لذلك الغرض .

ومثل ذلك فى الحكم من هيأ مكاناً فى حافة الماء لاصطياد السمك فيه ،

فجاء المكان سمك كثير ، فأخذ يصفى الماء منه ، حتى صار السمك بحيث يؤخذ باليد من غير معاناة بآلة أخرى للاصطياد .

ولا يعتبر اصطياداً إذا حفر بئراً ليستنبط منها ماء ، فوقع فيها ظبي مثلا ولذلك لايملك الظبي صاحب البئر بذلك الوقوع ، بل يملكه أي مستول بعد ذلك ، ولو كان غير صاحب البئر ؛ لأنه ماأعد البئر للصيد بل للماء ، فلم يتوافر الشرط الثاني ، وهو القصد . ومثل ذلك في الحكم ، من أعد بركة ليأوى إليها السمك ، وقال الماء منها . ولكن السمك لازال بحال لايمكن فيها أخذه إلا بآلة اصطياد ، فإن السمك لازال غير مملوك لصاحب البركة ، ويملكه أي شخص يستولى عليه ، ولو كان غير صاحب البركة ، وذلك لعدم توافر الشرط الأول ، إذ لازال السمك ممتنعاً ، وليس في قدرة الإنسان أخذه من غير آلة اصطياد .

وعلى هذا الأصل تتفرع فروع كثيرة ، ليس في ذكر بعضها كبير فائدة وفي ذلك الإجمال غناء ، وبملاحظته تعرف أحكام هذه الفروع .

حيازة المباح

٧٦ — الأشياء المباحة كالماء ، والكلأ وأحطاب الجبال ، وفواكهها التي لامالك لها وأحجارها مادامت غير مملوكة لأحد ، هذه كلها مباحة وحيازتها سبب لملكيتها ، فأول محتاز لها هو المالك الأول لها ، أنشأت ملكيته تلك الحيازة .

هذه قاعدة عامة لكل الأشياء المباحة . تطبق على ماينطوي عليه عمومها من جزئيات ، وقد فصل الفقهاء الكلام في نوعين من المباحات بعض التفصيل ، وهما الكلأ ، والآجام وإنا نساير الفقهاء في ذلك فنقول كلمة موجزة فيهما لكثرتهما في البلاد الزراعية ، والمناطق ذوات الغابات .

فأما الكلأ فهو ماينبت من الأعشاب بغير بذر أحد ، وهو مباح سواء أنبت فى أرض غير مملوكة أم نبت فى أرض مملوكة ، لعموم قوله عليه السلام : « الناس شركاء فى ثلاثة : الماء ، والكلأ ، والنار » والشركة الثابتة بالحديث هى شركة الناس أجمعين ، وشركة الناس جميعاً هى الإباحة للكافة من غير تخصيص أحد ، ولذلك اتفق فقهاء الحنفية من غير خلاف بينهم على أن الكلأ إذا نبت ولم يسق بفعل أحد ، ولو فى أرض مملوكة يكون على الشركة العامة الطبيعة ، وهى الإباحة ، ولكن اختلفوا فى العشب الذى ينبت فى أرض مملوكة من غير فعل أحد ، ولكن يسقى بفعل صاحب الأرض ، فقال بعضهم إنه ملكه ؛ لأنه أحياه بالسقى ، فخرج بذلك عن أصل إباحته ، وقال الأكثرون ، وهو رواية ظاهر الرواية ؛ أنه باق على الإباحة الأصلية ، لعموم الحديث ، ولأن النبات نماء البذر ، والبذر لم يكن مملوكا لأحد ، فنماؤه وهو الزرع باق على حالة الإباحة الأصلية .

وإذا كان الكلأ مباحاً ، ولو كان فى أرض مملوكة ، فهو لا يعتبر مملوكا لصاحب الأرض ، وإنما هو مملوك لمن يحتشه . ولو كان غير صاحب الأرض ، وليس لصاحب الأرض أن يمنع أحداً من قطعه ، ولكن له أن يمنع الناس من دخول أرضه ، إذا كانوا يجدون الكلأ فى غير أرضه ، أما إذا كانوا لا يجدونه فى غير أرضه ، وهم فى حاجة إليه خيروه بين أن يخرجه إليهم ليأخذوا حاجتهم منه ، أو يمكنهم ليدخلوا الأرض ، وينالوا منه مقدار مايسد حاجتهم ، وقد بينا الأصل الذى تنبنى عليه هذه المسائل وأشباهها عند الكلام على حق الشفه ، فارجع إليه .

٧٧ — هذه خلاصة موجزة لما قاله الفقهاء فى الكلأ ، أما الآجام ، فهى مباحة إذا كانت فى أرض غير مملوكة ، وذلك لبقائها على الشركة الطبعية ، إذ لا مالك لها .

وأما فى الأراضى المملوكة ، فهى ملك لأصحاب الأراضى ، وليست

بمباحة ، إذ الغابات تنبت على ملك صاحب الأرض ، وإن لم يوجد منه الإنبات ، والفرق بينها وبين الكلأ ، أن الأراضى لا تقصد بالملكية لما فيها من الكلأ أو لما عساه ينبت فيها منه ، بل تقصد بالزراعة ، والكلأ يجىء على غير رغبة المالك ، أو على غير مقصوده ، فهو باق على الإباحة ، لأنه لم يقصد قصداً أصلياً فى الانتفاع بالأراضى ، ولم ينبت بفعل صاحب الأرض ، فلا وجه لخروجه عن أصل الإباحة .

أما الآجام فهى المنفعة المقصودة من اقتناء الأراضى المشتملة عليها ، فالأرض تقتنى لأجل القائم فيها من أشجار وما عساه يقوم فيها ، وإذا كانت شيئاً مقصوداً بملكية الأراضى ، وهو من أوجه الانتفاع المقصودة فى الملكية كانت تابعة للأرض ، فهى ملك لصاحبها ، وليست باقية على الإباحة الطبعية .

وضع اليد مدة طويلة

٧٨ — قد تبين مما تقدم أن وضع اليد على المباح يعتبر السبب المنشىء للملكية لواضع اليد ، ولا يعتبر وضع اليد سبباً للملكية إلا فى هذه الحال فقط ، فلا تعتبر الشريعة وضع اليد مدة طويلة مثبتاً للملكية ، كما لا تعتبر ترك المطالبة بالحق مدة طويلة مسقطاً لذلك الحق . وذلك لأن الحق لا يزول مهما يتقادم ، ومهما يتطاول به الزمن ، فمضى المدة لا يعطى حقاً لواضع اليد ، ولا يسقط حق ذى حق .

وأقصى ما أعطته الشريعة للمدة الطويلة من قوة أنها جعلتها سبباً فى منع سماع الدعوى عند الإنكار .

أما مع الإقرار فالحق ثابت به ، فالدعوى تكون مسموعة .

والمدة التى قرر الفقهاء منع سماع الدعوى إذا مضت ، ولم يطالب صاحب الدين أو الحق بها اختلفوا فيها . فقال بعضهم ست وثلاثون ، وقيل ثلاث وثلاثون

وقيل ثلاثون . والأكثرون على أنها ثلاث وثلاثون .

ويعلل الفقهاء منع سماع الدعوى عند الإنكار بعد مرور زمن طويل من غير مطالبة بمظنة التزوير، ولقد جاء في المبسوط : « رجل ترك الدعوى ثلاثاً وثلاثين سنة، ولم يكن له مانع من الدعوى ، ثم ادعى لا تسمع دعواه ، لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهراً » .

ولعل الفقهاء نظروا في تقدير المدة الطويلة بثلاث وثلاثين سنة - أو ما يقاربها عند بعضهم - إلى أنه بعد مضي هذه المدة يظن أن الشهود الذين عاينوا الاغتصاب أو سبب الحق لذي الحق يكونون قد ماتوا غالباً ، والإثبات في الشريعة الإسلامية يقوم على البينات أخذاً بالأثر المشهور : البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر .

٧٩ — هذه هي المدة التي عينها الفقهاء ، واجتهدوا فيها آراءهم ، ولكن ملوك آل عثمان استطالوا هذه المدة ، ورأوا بما لهم من حق تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة أن يمنعوا سماع الدعوى إذا مضت مدة خمس عشرة سنة ، واستثنى أكثر هؤلاء الملوك الوقف والإرث ، ومنهم من استثنى مع ذلك مال اليتيم .

وجعلت المدة المانعة من سماع الدعوى عند الإنكار بالنسبة لهذه المستثنيات هي ثلاث وثلاثون سنة ، وقد أخذت لائحة المحاكم الشرعية بمنع سماع الدعوى لمضي مدة خمس عشرة سنة مبقية الوقف والميراث على ما حده الفقهاء وهو ثلاث وثلاثون سنة .

وعلى ذلك يكون في المدة المانعة من سماع الدعوى توقيتان :

أحدهما : توقيت الفقهاء ، وهو ثلاث وثلاثون سنة ، وبقي العمل به في الوقف والميراث .

والثانى : توقيت أولياء الأمر ، وهو خمس عشرة سنة ، والعمل به جار فى كل الأقضية ماعدا الوقف والميراث .

وأساس التوقيت الأول الاجتهاد الفقهى ، وأساس التوقيت الثانى مالولى الأمر من سلطة تخصيص القضاء .

٨٠ — وتبتدىء المدة من وقت ثبوت حق المطالبة بشرط ألا يكون عذر مسوغ لعدم المطالبة ، فإن وجد هذا العذر المسوغ فالمدة تبتدىء من وقت زواله بعد ثبوت حق المطالبة، فإذا كان موضوع النزاع عيناً فالمدة تبتدىء من وقت ظهور واضع اليد بمظهر المالك للعين ، وإذا كان موضوع النزاع ديناً فالمدة تبتدىء من وقت ثبوت حق المطالبة للدائن لامن وقت ثبوت الدين فى الذمة ، فإذا كان الدين مؤجلا فالمدة تبتدىء من وقت حلول الأجل ، لامن وقت ثبوت الدين .

كل هذا إذا لم يكن ثمة عذر فإن كان عذر مسوغ لعدم المطالبة فالمدة تبتدىء من وقت زواله كما بينا .

والعذر المسوغ لتأخير ابتداء المدة إلى وقت زواله :

(١) ماكان أساسه عدم قدرة المدعى على رفع الدعوى كأن يكون قاصراً ، أو غائباً ، أو يكون من عليه الحق ذا شوكة يخشى بأسه .

(٢) أو لم يكن فى الدعوى فائدة لإفلاس المدين وعدم وجود مال ظاهر ينفذ فيه الحكم إن حكم للمدعى ، فهذه كلها أعذار مسوغة لتأخير رفع الدعوى .

فإذا حدث عذر من هذه الأعذار فى أثناء المدة فالمدة السابقة عليه تعتبر ملغاة ، ويكون احتساب المدة من وقت زواله .

٨١ — وإذا سكت صاحب الحق عن دعواه مدة ثم جاء الوارث له من

بعده ، وترك المطالبة مدة أخرى احتسبت المدتان . وكان الابتداء من وقت ثبوت حق المطالبة للمورث ، لا من وقت انتقال المال إلى الوارث . وكالمورث مع الوارث المشترى مع البائع ، والموهوب له مع الواهب ، فإذا كان لعقار شخص حق ارتفاق على عقار آخر ، ومنعه منه صاحبه ، وكان له الحق فى مقاضاته ، فترك المطالبة مدة ثم باع العقار أو وهبه لغيره ، فترك هو الآخر المطالبة مدة ، فالمدة المانعة من سماع الدعوى تبتدىء من وقت ثبوت حق المطالبة للبائع أو الواهب .

نزع الملك من غير رضا صاحبه

٨٣ — ذكرنا فيما مضى أن أسباب انتقال الملكية هى العقود الناقلة للملكية ، والعنصر الفعال فى هذه العقود هو الرضا ، كما سيتبين ، فالرضا هو القاعدة العامة لنقل الأموال فى الشريعة الإسلامية ؛ لقوله تعالى « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » . بيد أنه قد ينتزع المال من صاحبه بغير رضاه فى سبيل النفع العام ، أو لدفع الأذى عن غيره ، بحيث تكون المنفعة التى ينالها المالك من بقاء العين فى ملكه أقل من الضرر الذى ينال غيره بهذا البقاء .

والأحوال التى ينتزع فيها المال من غير رضا صاحبه ترجع إلى ثلاث :

أولاها — نزع المال لمنافع الكافة كنزع الملك للطرق العامة ، أو شق الترع . وقد اعتبر بعض الفقهاء من المنافع العامة توسيع المساجد ، حتى لا تضيق بالناس « فقد نقل فى حاشية أبى السعود على منلا مسكين عن الزيلعى أنه إذا ضاق المسجد على الناس ، وبجنبه أرض لرجل تؤخذ بالقيمة كرها ، لأنه لما ضاق المسجد الحرام أخذ الصحابة بعض ما حوله من الأراضى بكره ،

وأدخلوها في المسجد ، وهذا من الإكراه الجائز »(١) .

والأصل في هذا هو ترجيح منفعة الكافة على منفعة الآحاد ، ولأنه لا يترتب على الأخذ من المالك كبير ضرر به ؛ لأنه يعوض بالقيمة ، والقيمة تقدر بمعرفة أهل الخبرة العدول .

ثانيها — نزع الملك لقضاء دين على صاحبه قد امتنع عن أدائه مطلا وظلماً ، فللقاضي في هذه الحال أن يحجر عليه ، فيمنعه من التصرف في ماله إذا رفع الدائنون الأمر إليه ، ويؤدى الدين من أمواله فيؤخذ من النقود ، فإن لم تكن نقود أو نفدت ولم تف بيع ما يخشى عليه التلف أو ما يكون معداً للبيع كعروض التجارة ، فإن لم تف بيع العقار . وهذا كله رأى الصاحبين . وقال الإمام ليس للقاضي أن يبيع مال الشخص بغير رضاه ، ويؤدى منه الدين رغم أنفه ، بل يحبسه حتى يوفى هو الدين بأى طريق أحب .

وحجة الصاحبين أن مطله ظلم ، والظلم واجب الرفع ، فإذا امتنع الظالم عن أداء الحق مختاراً قام القاضي مقامه في رد الحقوق إلى ذويها ، لأنه نصب لإقامة العدل بين الناس ، وذلك طريقه ووجهة نظر أبي حنيفة أن الحجر والتصرف في ماله من غير إرادته إهدار لأهليته ، وهو ضرر عظيم لا يجوز إلحاقه به لدفع ضرر خاص ويمكن دفع الظلم بالحبس وحمله على أن يؤدى ما عليه من حقوق من غير التعرض لأمواله التي لا يصح أن تمس إلا برضاه .

ثالثها — الأخذ بالشفعة . وإن الكلام فيها يحتاج إلى بيان ، فلنفرد لها باباً خاصاً بها .

---

(١) راجع كتاب المعاملات للأستاذ الجليل الشيخ أحمد إبراهيم بك .

الشفعة

٨٣ — الشفعة أثر من آثار عقد البيع ، ويعدها بعض الفقهاء سبباً من أسباب الملك ، وهى على أية حال ليست سبباً اختيارياً ، بل تعد من نزع الملك جبراً عن صاحبه .

والشفعة(١) شرعاً حق امتلاك العقار المبيع جبراً عن مشتريه بما قام عليه من الثمن والتكاليف .

والسبب الذى نيط به ثبوت الشفعة ، بحيث إذا تحقق ثبتت ، وإن لم يتحقق لم تثبت — هو الاتصال بين عقار الشفيع والعقار المبيع .

(١) إما اتصال شركة على الشيوع بأن كان العقار المبيع جزءاً شائعاً فى عقار الشفيع .

(٢) أو اتصال شركة فى حقوق الارتفاق الخاص .

(٣) أو اتصال جوار ملاصق . فإذا وجد واحد من هذه الأمور الثلاثة ، فقد ثبتت الشفعة إن تحققت شروطها ، وإن انتفت جميعاً لم تثبت ، وإنما ثبتت الشفعة بسبب ذلك الاتصال لاحتمال تضرر المالك بسبب المشترى الجديد الذى سيتصل به حتما ، وهو لا علم به ، فلا يدرى أهو عدل فتؤمن بوائقه ، أم باغ فتتقى بوادره ، فشرع له لأجل هذا الاحتمال حق امتلاك ما اشتراه جبراً عنه ، وفى ذلك دفع لأذى محتمل بدون ضرر كبير بالبائع أو المشترى ، مع تحقق النفع للشفيع ، ودفع الضرر المتوقع له .

---

(١) مأخوذة من الفعل شفع ، وهو يطلق بإطلاقين ، فيطلق بمعنى ضم ، ومنه الشفع بمعنى الزوج ، لأن كل واحد ضم إلى الآخر ، ويطلق بمعنى زاد ، ومنه شاة شافع إذا كان معها ولدها ، لأنه زادها ، والشفعة يصح أن تكون مأخوذة من شفع بمعنى ضم لأن الشفيع يضم العقار المبيع إلى ملكه ، ويصح أن تكون مأخوذة من شفع بمعنى زاد ، لأنه يزيد ملكه بسبب الشفعة .

ولقد قرر الفقهاء أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل والقياس ، وأنها أمر استثنائى ، وذلك لأن الأصل ألا ينتقل الملك من صاحبه إلى غيره إلا بطيب نفسه ورضاه ، وفى الشفعة يملك العقار جبراً عن صاحبه ، وهو المشترى ؛ إذ بمقتضى عقد البيع صار هو المالك ، ومع ذلك ينزع ملكه جبراً عنه ، ومن جهة أخرى نرى فى تقرير مبدأ الشفعة إضراراً بالمالك الأصلى وهو البائع ؛ لأنه إذا علم الراغبون فى الشراء أنهم إن اشتروا نزع ملكهم منه ، لا يقدمون على الشراء ، فإذا كان المالك مضطراً للبيع ، كان بين حالين : إما احتمال الضرر النازل به الذى اضطره للبيع ، وذلك أذى لا ريب فيه ؛ وإما الترغيب فى المبيع الذى أعرض الناس عنه بعرضه بثمن بخس فيه غبن فاحش عليه ، ولكن قد اضطر إليه .

ومن أجل هذه الاعتبارات قالوا إن أحكام الشفعة جارية على غير ما تقتضيه القواعد الفقهية ، بل من أجل هذه الاعتبارات أنكر أبو بكر الأصم مشروعية الشفعة(١) .

٨٤ — ولقد قرر ابن القيم أن الشفعة مشروعيتها على مقتضى أصول الشريعة ، وليست مخالفة لأصولها . فهو يقول « من محاسن الشريعة وعدلها وقيامها بمصالح العباد ورودها بالشفعة ، ولا يليق بها غير ذلك ، فإن حكمة الشارع قد اقتضت رفع الضرر عن المكلفين ما أمكن ، فإن لم يمكن رفعه إلا بضرر أعظم منه أبقاه على حاله ، وإن أمكن رفعه بالتزام ضرر دونه رفعه به .

ولما كانت الشركة منشأ الضرر فى الغالب ، فإن الخلطاء يكثر فيهم بغى بعضهم على بعض ، شرع الله سبحانه وتعالى رفع هذا الضرر بالقسمة تارة

(١) ولكن رد عليه بإجماع فقهاء المسلمين على إثبات الشفعة ، وبورود الآثار الكثيرة المتضافرة بإثباتها ، وبأن الضرر الذى يقال بالنسبة للبائع ليس كثيراً ، لأن الملاك يجدون مشترين مع ثبوت الشفعة .

وانفراد كل من الشريكين بنصيبه ، وبالشفعة تارة أخرى وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر فى ذلك .

فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبى ، وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان ، فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبى ، ويزول عنه ضرر الشركة ، ولا يتضرر البائع ، لأنه يصل إلى حقه من الثمن ، وهذا هذا من أعظم العدل ، وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطرة ومصالح العباد » ويقول فى قول الفقهاء إن الأصل ألا يخرج المال من يد صاحبه إلا بطيب نفسه : « إنما كان الأصل عدم انتزاع ملك الإنسان منه إلا برضاه لما فيه من الظلم له والإضرار به ، فأما ما لا يتضمن ظلماً ولا إضراراً ، بل مصلحة له بإعطائه الثمن ، فلشريكه دفع ضرر الشركة عنه ، فليس الأصل عدمه بل هو مقتضى أصول الشريعة ، فإن أصول الشريعة توجب المعاوضة للحاجة والمصلحة الراجحة ، وإن لم يرض صاحب المال . وترك معاوضته لشريكه مع كونه قاصداً للبيع ظلم منه ، وإضرار بشريكه ، فلا يمكنه الشارع منه .

بل من تأمل مصادر الشريعة ومواردها تبين له أن الشارع لا يمكن هذا الشريك من نقل نصيبه إلى غير شريكه ، وأن يلحق به من الضرر مثل ما كان عليه أو أزيد منه مع أنه لا مصلحة له فى ذلك » (١) .

٨٥ — مما تقدم قد تبين أن الشفعة لا تكون إلا فى العقار ، وأنها تكون للشركاء فى نفس العقار ، ثم للخلطاء فى حقوق الارتفاق ، ثم للجيران ، وذلك كله مذهب الحنفية ومن الفقهاء من أثبت الشفعة فى غير العقار (٢) .

---

(١) راجع كتاب القياس فى الشرع الإسلامى ص ١٨٢ وما يليها .

(٢) أثبت حق الشفعة فى غير العقار طائفة من الفقهاء تثبته فى كل ما يثبت فيه الشركة من الأعيان . وقالوا إنما شرعت الشفعة لرفع الضرر اللاحق من الشركة ، فإذا كان شخصان شريكين فى عين من الأعيان بإرث أو هبة أو وصية أو ابتياع أو نحو ذلك ، وباع أحدهما =

والجمهرة العظمى من الفقهاء لا يثبتونها إلا للشريك فى نفس العقار. ولا يثبتونها للشركاء فى حقوق الارتفاق، ولا للجيران.

وقد استدل للجمهور:

(١) بما روى من قوله صلى الله عليه وسلم: «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»، وقوله عليه السلام: «إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة» وفى هذا نفى للشفعة بعد أن تبين الحدود.

ولا شك أن الجار مبين حده عن حد جاره، وأصحاب حقوق الارتفاق مفصولة أملاكهم بعضها عن بعض، فلا شفعة فيها بنص الحديث؛ إذ نفى الشفعة بعد قسمة الأرض وحدّها.

(٢) أن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل والقياس لأمر هو عدم التضرر بالقسمة والشركة من ذلك المشترى الجديد وذلك المعنى لا يتحقق فى الجار؛ لأنه لا يقاسم. وضرر القسمة ضرر لازم لا يمكن دفعه، أما ضرر الجوار فيمكن دفعه بالترافع إلى ولى الأمر، فلا حاجة إلى الشفعة.

واستدل للحنفية بقوله صلى الله عليه وسلم «الجار أحق بصقبه»[(١)] والصقب هو ما يلاصق ملكه ويليه. وإن المناسبة التى قيل فيها الحديث تؤيد ذلك، فإنه كان جواباً لسائل سأل الرسول عن أرض ليس لأحد فيها قسم ولا شرك إلا الجوار.

ومثل هذا الحديث كثير فقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال:

نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبى، إذ فى ذلك إزالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه. ولا فرق فى ذلك بين العقار والمنقول من حيوان وثياب وشجر. وهذه الطائفة من الفقهاء تشمل أهل الظاهر، وفقهاء أهل مكة، وروى عن أحمد بن حنبل مثل قولهم. ومالك يلحق السفن بالعقار (راجع القياس فى الشرع الإسلامى ص ١٨٤).

(١) الصقب والسقب بحركتين القرب.

« جار الدار أحق بالدار » . وروى أنه قال «الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها إن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً »(١) .

هـ‍ـ آثار ناطقة بما يقول الحنفية ، ثم إن الغرض من الشفعة ثابت للجار كما هو ثابت للشريك ، وإن لم يكن بقدر واحد ، لأن الجار أولى بالشراء من الأجنبي .

وعساه يلحقه ضرر من جواره ، لأن الناس يتفاوتون فى الجوار تفاوتاً فاحشاً ، ويتأذى بعضهم ببعض ، ويقع بينهم من العداوة أو المحبة ما هو معهود ، والضرر بذلك دائم متأبد إن وجد ، ولا يندفع ذلك إلا برضاء الجار فإن شاء أقر الدخيل على جواره وهم قليلا كان الشرب خاص وذلك أشبه الأقوال مفسدة هذا الجد

٨٧ — وقد تبين مما تقدم أنه إذا اجتمع عدة شفعاء تفاوتت مراتبهم قدم أقواهم اتصالا ، وهو الشريك فى نفس العقار ، فإن تنزل عن حقه ، أو سقط حقه بأى سبب من أسباب الإسقاط انتقل الحق إلى من يليه وهكذا . وهذا بالإجماع فى ظاهر الرواية ، ولكن رويت عن أبي يوسف رواية أخرى وهى أنه إذا وجد الشركاء فى نفس العقار لا ينتقل لمن يليهم إذا سقط حقهم أو تنزلوا عنه (٢) .

وذلك لأنه إذا وجد الشريك حجب عنها من بعده ، ولم يثبت له حق فيها ، ويصير كالعاصب إذا وجد من هو أولى منه بالتعصيب . ولأن عند

---

(١) الزيلعى الجزء الخامس ص ٢٤١ .

(٢) ويظهر أن هذا الخلاف إنما هو فى الحال التى يسقط فيها الشريك حقه قبل القضاء أما بعد القضاء له فإذا أسقط حقه لا يثبت الحق لمن يليه باتفاق لأنه بالقضاء للشريك انقطع حق من يليه وبطل ، إذ قضى عليه بذلك .

والقياس الصحيح يقتضي هذا القول فإن الاشتراك في حقوق الملك شقيق الاشتراك في الملك . والضرر الحاصل بالشركة فيها كالضرر الحاصل بالشركة في الملك أو أقرب إليه . وفيه مصلحة للشريك من غير مضرة على البائع ولا على المشترى . فالمعنى الذى وجبت لأجله شفعة الخلطة فى الملك موجود فى الخلطة فى حقوقه » .

٨٦ — وإذا اجتمع الشفعاء جميعاً لا يكونون سواء ، بل يقدم الشفيع الشريك فى نفس العقار ، ويليه الشفيع الشريك فى حق من حقوق الارتفاق الخاص ، ثم يليه الجار الملاصق ، وإذا ترك من هم أولى انتقل الحق إلى الذين يلونهم .

الشفعة بعد قسمة الأرض وحدها .

ء شركاء فى شرب

(٢) أن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل والقياس لامر ... ا سواء .

التضرر بالقسمة والشركة من ذلك المشترى الجديد وذلك المعنى لا يتحقق فى الجار ؛ لأنه لا يقاسم . وضرر القسمة ضرر لازم لا يمكن دفعه ، أما ضرر الجوار فيمكن دفعه بالترافع إلى ولى الأمر ، فلا حاجة إلى الشفعة .

واستدل للحنفية بقوله صلى الله عليه وسلم « الجار أحق بصقبه »[١] والصقب هو ما يلاصق ملكه ويليه . وإن المناسبة التى قيل فيها الحديث تؤيد ذلك ، فإنه كان جواباً لسائل سأل الرسول عن أرض ليس لأحد فيها قسم ولا شرك إلا الجوار .

ومثل هذا الحديث كثير فقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال :

— نصيبه كان شريكه أحق به من الأجنبى ، إذ فى ذلك إزالة ضرره مع عدم تضرر صاحبه . ولا فرق فى ذلك بين العقار والمنقول من حيوان وثياب وشجر . وهذه الطائفة من الفقهاء تشمل أهل الظاهر ، وفقهاء أهل مكة ، وروى عن أحمد بن حنبل مثل قولهم . ومالك يلحق السفن بالعقار (راجع القياس فى الشرع الإسلامى ص ١٨٤) .

(١) الصقب والسقب بحركتين القرب .

هذا ويلاحظ أن الشركة فى الحقوق التى تثبت الشفعة هى الشركة فى حقوق الارتفاق الخاص لا العام . والطريق الخاص هو الطريق غير النافذ أو المملوك ملكا خاصاً . والشرب الخاص عند بعض الفقهاء يتحقق إذا كان المجرى نهراً صغيراً لا تجرى فيه السفن ، وهذا هو المروى عن أبى حنيفة ومحمد وقيل إن كان أهله لا يحصون فهو كبير ، وإن كانوا يحصون فهو صغير ، وعليه عامة المشايخ ، لكن اختلفوا فى حد ما يحصى وما لا يحصى ، فبعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة ، وبعضهم بأربعين .

وقيل هو مفوض إلى رأى المجتهدين فى كل عصر ، إن رأوهم كثيراً كان الشرب عاماً ، وإن رأوهم قليلا كان الشرب خاص وذلك أشبه الأقوال بالفقه [١] .

٨٧ — وقد تبين مما تقدم أنه إذا اجتمع عدة شفعاء تفاوتت مراتبهم قدم أقواهم اتصالا ، وهو الشريك فى نفس العقار ، فإن تنزل عن حقه ، أو سقط حقه بأى سبب من أسباب الإسقاط انتقل الحق إلى من يليه وهكذا . وهذا بالإجماع فى ظاهر الرواية ، ولكن رويت عن أبى يوسف رواية أخرى وهى أنه إذا وجد الشركاء فى نفس العقار لا ينتقل لمن يليهم إذا سقط حقهم أو تنزلوا عنه [٢] .

وذلك لأنه إذا وجد الشريك حجب عنها من بعده ، ولم يثبت له حق فيها ، ويصير كالعاصب إذا وجد من هو أولى منه بالتعصيب . ولأن عند

---

(١) الزيلعى الجزء الخامس ص ٢٤١ .

(٢) ويظهر أن هذا الخلاف إنما هو فى الحال التى يسقط فيها الشريك حقه قبل القضاء أما بعد القضاء له : فإذا أسقط حقه لا يثبت الحق لمن يليه باتفاق ؛ لأنه بالقضاء للشريك انقطع حق من يليه وبطل ، إذ قضى عليه بذلك .

البيع يثبت حق الشفعة للشريك من بين الشفعاء ، بدليل أن غيرها لا يملك أن يطالب بها . وإذا كان حق الشفعة عند وجود البيع كان محصوراً فيه ، فإذا أسقطه لم يثبت لأحد ، لأنه حق واحد إذا سقط لا يعود .

ووجه ظاهر الرواية — أن كل طبقة من هذه الطبقات الثلاث ، وهم الشركاء فى نفس العقار ، والخلطاء فى حقوق الارتفاق ، والجيران — ثبت لهم الحق فى الشفعة لوجود سببها ، وكل واحد من الشركة أو الجوار سبب صالح لثبوت الشفعة ، ولكن عند التعارض قدم أقواها ، فيقدم الشفيع بالشركة ؛ لأنه أكثر تضرراً بالدخيل ، وأقوى اتصالا ، فإذا سلم الشريك سقط تعارضه ، فيعمل السبب الذى يلى الشركة ، لأنه لا معارض له أقوى منه .

وأيضاً فإن حكمة الشفعة ، وهى دفع ضرر الدخيل - قائمة ، وتسليم الشريك لا يمنع الضرر المتوقع المرتفقين ، أو الجيران بل هو لا زال قائماً ، فتثبت الشفعة .

٨٨ — وإذا تعدد أهل طبقة من الشفعاء ، وطلبوها جميعاً فإذا تعدد الشركاء مثلا أو الجيران ، وطلبوها جميعاً طلباً صحيحاً قسمت بينهم جميعاً بالتساوى من غير تفضيل صاحب النصيب الأكبر على صاحب النصيب الأصغر ، أو من غير تفضيل جار ملاصق من جانب واحد على جار ملاصق من جانبين ، وكذلك من غير تفضيل مرتفق بشرب مثلا على مرتفق معه فيه ، بل يقسم العقار بينهم على سواء .

وذلك لأن الأصل عند الحنفية أن السبب فى ثبوت الشفعة هو أصل الشركة لا قدرها ، وأصل الجوار لا قدره ، بدليل أنه لو كان للدار شريك واحد لاستحق أخذ الدار بالشفعة ، وكذا لو كان لها جار واحد لاستحق

الأخذ لها كلها بالشفعة ، ولو كان المقدار هو السبب لاستحق بمقدار شركته أو مقدار جواره .

وإذا كان أصل الشركة أو أصل الجوار هو السبب ، فإذا تعدد الشركاء أو تعدد الجيران تثبت لهم الشفعة بقدر واحد لثبوت السبب كاملا بالنسبة للمتعددين جميعاً .

وقد خالف فى ذلك مالك والشافعى واختلفت الرواية فيه عن أحمد بن حنبل ، وهو مع الشافعى الصحيح عنه ، ومخالفة هؤلاء محصورة فى الشركة ؛ لأنهم لا يرون الشفعة فى غير العين المشتركة .

فرأيهم عند تزاحم الشركاء أن يقسم العقار المشفوع فيه بينهم على قدر أنصبتهم لا على عدد رءوسهم ، وحجتهم فى ذلك أن الشفعة تثبت على أنها حق من حقوق الملك الذى يملكه الشفيع فيتقدر بقدره عند التزاحم ، وهى فى هذا كالنماء والغلة والثمرات ، يثبت للشخص منها بمقدار ما يملك إذا كانت العين مشتركة ، فتثبت الشفعة بمقدار ما يملكه كل واحد عندما يتزاحمون فى طلبها .

واستدل الحنفية لوجهة نظرهم فى أن الشفعاء إذا تزاحموا فى طبقة واحدة بلا مرجح اقتسموها بينهم بالتساوى .

(١) بأن السبب هو الاتصال لا مقدار الاتصال ، وقد تساوى الجميع فى هذا الأصل فيتساوون فى الاستحقاق .

(٢) وأيضاً فإن ثبوت الشفعة إنما يثبت لدفع ضرر الدخيل ، وذلك قدر مشترك للجميع ما داموا فى طبقة واحدة بلا مرجح ، فيثبت للجميع الحق بالتساوى .

(٣) ثم إن الأصل أن يثبت حق أخذ العقار المبيع كاملا لكل واحد من الشفعاء ، ولكن للتزاحم بينهم ولعدم ترجيح طلب أحدهم على الآخرين يقسم بينهما بالتساوى لأن الحق كان لكل واحد فى أخذ العقار كله .

٨٩ — وإذا كان أحد الشفعاء غائباً لم يسقط حقه فى طلب الشفعة مهما يتطاول أمد غيبته ، ما دام لم يعلم . بيد أن ذلك لا يمنع من يساويه فى الدرجة أو من يليه أن يطالب بأخذ العين كاملة ، ولا يمنع ما للغائب من حق — أن يقضى القضاء لمن يليه إذا طالب بأخذ العين بمقتضى الشفعة واستوفيت شروط المطالبة كلها .

وإنما كان لمن يساويه أن يطلب أخذ العين كاملة ، ولمن يليه كذلك من غير غير انتظار له ؛ لأن سبب ثبوت الحق على الكمال ثابت فى حق المساوى ومن يليه ، فإذا طلب يتأكد حقه بالطلب .

أما الغائب فالسبب قائم فى حقه ، ولكن لم يؤكد ذلك الحق بطلب الأخذ ، فلا يدرى أيرضى بالشريك الجديد أو الجار الجديد فلا يطلب بالشفعة أم لا يرضى فيطلب ، فكان حق الشفعة بالنسبة له محتمل الوجود وعدم الوجود ، ولا يصح أن يمنع ذو حق تأكد حقه لاحتمال أو شك ، إذ اليقين لا يزول بالشك ، بل لا يزول إلا بيقين مثله ، ولذلك يقضى بجميع العين للطالب سواء أكان يليه أم يساويه .

وإذا قضى للحاضر بأخذ العين ، ثم جاء الغائب ، فإن كان مساوياً أسهم بما يساويه مع الحاضر ، فإن كان الحاضر واحداً أخذ النصف ، وإن كان اثنين أخذ الثلث ، وهكذا ، وإذا كان الحاضر قد أسقط حقه فى الشفعة فى هذه الحال فالغائب إذا حضر بالعين كلها ، ويقضى له بها .

وهذا إذا أسقط قبل القضاء ، وأما إذا ترك الشفيع أخذ العين بعد القضاء له لعيب وجده فيها ، أو لخيار رؤية ، أو لمجرد التنزل عن حقه من غير سبب شرعي ، ثم جاء الشفيع الغائب ، فليس له إلا النصف إن كان الحاضر المسقط لحقه بعد القضاء واحداً . والثلث أن كانا اثنين وهكذا .

وذلك لأنه لما قضى القاضي بالشفعة للحاضر بكل الدار ، فقد أبطل حق الغائب المساوي له عما يخص صاحبه في حال المزاحمة ، وإذا قضى على شخص بالبطلان في شيء فليس له أن يطالب به ، وليس له حق فيه .

هذا كله إذا حضر الغائب ، وكان من قضى له مساوياً له ومن أهل درجته. أما إذا لم يكن مساوياً ، بل كان من الطبقة التي بعد طبقته ، ففي هذه الحال له أن يطالب بأخذ العين كاملة ، سواء أأسقط الشفيع المقضى له حقه أم لم يسقط ، وسواء أكان إسقاطه لحقه قبل القضاء أم بعده ، فكل هذه الصور سواء في الحكم ، لأن القضاء له لا يبطل حق الغائب ؛ إذ هو مبني على احتمال أن الغائب لا يطالب ، فإذا طالب فقد زال الاحتمال .

شروط الشفعة

٩٠ — لا تثبت الشفعة ولا توجد إلا بشروط ، منها :

(١) الشرط الأول :

أن يكون المشفوع فيه ـ وهو العين التي يطلب الشفيع أخذها ـ عقاراً [1] ، وكذلك يشترط هذا الشرط في المشفوع به ، وهو العين التي يملكها

---

(١) اشتراط كون المشفوع به والمشفوع فيه عقاراً إنما هو على رأي جمهور الفقهاء ، وخالفهم غيرهم فأثبتها مالك في كل السفن ، وأثبتها بعض الفقهاء في كل ما هو محل شركة ، وأثبته بعضهم في كل ما هو مشترك وتجرى فيه القسمة من غير إجبار عليها .

الشفيع وبسبب اتصالها بالعين المشفوع فيها يطالب بالشفعة ، وقد ألحق الحنفية بالعقار بالنسبة للشفعة العلو بالنسبة للسفل ، فإذا بيع السفل ثبت لصاحب العلو حق الأخذ بالشفعة ، وإذا بيع العلو ثبتت لصاحب السفل الشفعة أيضاً .

فترى من هذا أن العلو ، وهو ليس بعقار عند الحنفية كما تبين صلح أن يكون مشفوعاً فيه وبه ؛ وذلك لأنه ملحق بالعقار في ذلك ، إذ حق العلو على السفل حق لازم لا يحتمل البطلان ، فيتضرر كلاهما بالآخر ضرراً مستمراً. والشفعة بين العلو والسفل تكون شفعة جوار ، فتكون مرتبة الشفيع كمرتبة سائر الجيران ، وهي بعد الشركاء في نفس العقار ، والخلطاء ، في حقوق الارتفاق ، كما علمت .

(٢) الشرط الثاني :

أن يكون العقار المشفوع فيه قد خرج من ملك صاحبه خروجاً باتاً بعوض مالي ، فإذا لم يخرج المشفوع فيه من ملك صاحبه فلا موجب الشفعة ؛ لعدم وجود دخيل ، وإن خرج خروجاً غير بات كأن يبيعه بيعاً فاسداً قد قبض فيه المشتري العقار ، فلا تثبت الشفعة إلا بعد أن يصير ملك المشتري في العقار باتاً لازماً بالنسبة للبائع ، لا يقبل النقض من جانبه . لأنه قبل ذلك يحتمل أن يرجع البائع ويفسخ البيع ، ومع هذا الاحتمال القريب الوقوع لا تثبت الشفعة ، لأنه يجب أن يبنى ثبوتها على أمر ثابت لا يحتمل البطلان من جانب البائع .

وإن خرج بغير عوض مالي بأن لم يكن العقد الذي انتقل به المشفوع فيه بيعاً ولا في معنى البيع ، كأن يكون هبة أو صدقة أو يكون العقار مهراً في

زواج ، أو بدل خلع ، أو أجرة فى إجارة ، فإن الشفعة لا تثبت فى كل هذا لأن الشفعة توجب أن يأخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بمثل ماملكه به من أخذه ، فإذا كان قد أخذ بلا عوض فلا مثل قد دفعه العاقد ويجب على الشفيع أن يقدمه ، فلا تثبت .

وكذلك إذا كان العوض غير مال كحال المهر وبدل الخلع ؛ لأنه لا تجرى المماثلة إلا فى الأموال ، أما غيرها فلا تجرى فيـــه المماثلة ، فلا تثبت الشفعة أيضاً .

وقال الشافعى تثبت الشفعة فى كل هذا ويؤخذ العقار بقيمته ، لأن حكمة الشفعة ثابتة فيه فتثبت .

وعقود المعاوضات المالية التى تجرى فيها الشفعة إذا خرج المشفوع فيه من ملك مالكه بأحدها تشمل ما يأتى :

(١) البيع : وهو الأصل فى هذه العقود ، وإذا كان البيع مقايضة بأن كان العقار مقابلا بقيمى ، فالثمن الذى يجب على الشفيع أن يقدمه هو قيمة الشىء الذى عوض العقار به .

وإذا كان البدل عقاراً كان الواجب على الشفيع قيمته ، ويكون لشفيع كل واحد من العقارين أن يطالب بالشفعة ، ويدفع قيمة العقار الآخر الذى يكون بدلا لما يطلبه .

وإنما وجبت قيمة العوض للعقار إذا كان عقد البيع مقايضة ؛ لأن المثل الحقيقى متعذر فيصار إلى المثل المعنوى ، وهو مقدار ماليته أى قيمته .

(٢) الهبة بعوض مشروط : لأن الهبة بعوض مشروط تعتبر معاوضة

انتهاء عند أئمة الحنفية الثلاثة ، ومعاوضة ابتداء وانتهاء عند زفر ، ولذلك تجب الشفعة إذا خرج العقار المشفوع فيه من مالكه بسببها .

ولا تجب الشفعة بمجرد تمام عقد الهبة ، بل لا تجب إلا بعد قبض العوض وقبض العقار ، وعند زفر يكفي وجود العقد لثبوت الشفعة .

وهذا الخلاف مبني على الخلاف في الأصل الذي نوهنا عنه ، وهو أن الهبة بعوض مشروط تبرع ابتداء معاوضة انتهاء عند الأئمة الثلاثة ، فلا يتحقق معنى البيع عندهم إلا بعد قبض العوض بالفعل ، وعند زفر هي معاوضة ابتداء وانتهاء ؛ لوجود معنى البيع عنده بمجرد تمام العقد ، ويكون الواجب هو مثل العوض الذي قدمه الموهوب له إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان قيمياً .

(٣) الصلح : فتثبت الشفعة إذا كان العقار بدل صلح ، أي أن المدعى عليه قدمه ليتخلص به من دعوى المدعي ، وقبل هذا ذلك عوضاً عن حقه ، ففي هذه الحال تثبت الشفعة للشفيع ؛ لأن المدعي ماقبل تلك الدار إلا لتكون عوضاً عن حقه الذي يزعمه ويطالب به ، سواء أكان المدعى عليه مقراً بالحق أم كان منكراً له أم ساكتاً لم يقر ولم ينكر ، وإذا كان عقد الصلح معاوضة مالية في نظر المدعي ، فهو مشتر للعقار بزعمه ، فتثبت الشفعة للشفيع ، لأن الاعتبار في ذلك لاعتقاد المدعي الذي انتقل العقار إليه ؛

وإذا كان العقار هو المصالح عنه بأن كان هو موضوع الدعوى والتنازع فقدم المدعى عليه مالا ، ليخلص له العقار ، ففي هذه الحال إن كان المدعى عليه، قد قامت عليه البينة أو كان مقراً بملكية المدعي للعقار ، وقدم المال بدلا عنه، ففي هذه الحال يكون الصلح عقد بيع بالنسبة لهما فتثبت الشفعة .

وإن كان المدعى عليه منكراً أو ساكتاً . لم يقم دليل على أن الصلح عقد

بيع بالنسبة لمن بقى العقار فى يده ؛ فلا تثبت الشفعة إلا إذا أثبت الشفيع بالحجة الشرعية أن العقار موضوع النزاع هو ملك للمدعى ، وأن المال الذى كان بدلا للصلح هو فى الحقيقة والواقع ثمن للعقار ، وحينئذ يثبت أن عقد الصلح عقد بيع فتثبت الشفعة[1] .

وهذا كله إذا كان بدل الصلح مالا فإن كان بمنافع فلا تثبت الشفعة؛ لأن الصلح يكون إجارة .

وإذا كان العقد مشتملا على خيار شرط لمالك العقار فلا تثبت الشفعة إلا بعد أن يصير العقد باتاً لازماً بالنسبة له ، بسقوط خيار الشرط بالفعل ؛ لأن خيار الشرط إذا ثبت بالنسبة للبائع لا يخرج العقار من ملكه ، والشفعة لا تثبت إلا إذا خرج العقار من ملك صاحبه . أما إذا كان خيار الشرط مشروطاً للمشترى فالشفعة تثبت بمجرد العقد ؛ لأن اشتراط الخيار المشترى لا يمنع خروج العقار من ملكية البائع .

وإن جعل البائع أو المشترى الخيار للشفيع فاختار فلا شفعة ، لأنه إن أجاز البيع كان ذلك إسقاطاً للشفعة ؛ لأنه رضى بالمشترى جاراً له أو شريكا ، وإذا سقطت الشفعة لا تعود . وإن فسخ البيع لم يثبت عقد ، فلا تثبت الشفعة .

٩١ — الشرط الثالث :

أن يكون ملك الشفيع ثابتاً وقت العقد فى العقار المشفوع به — وهو العقار الذى يطلب الشفيع الشفعة بسبب اتصاله بالعقار المبيع — ولا بد أن يستمر الملك إلى وقت الحكم بملكية العقار المشفوع فيه له ، فإذا حدث الملك

---

(١) ملخص من البدائع الجزء الخامس ص ١١ .

بعد العقد لا تثبت الشفعة ؛ لأن الشفيع هو الذى يعتبر دخيلا على من انتقل العقار إليه .

وإذا كان الملك ثابتاً وقت العقد ، ولكن زال عن المالك بأى سبب من الأسباب سقطت الشفعة ؛ لأن سببها وهو اتصال الملكية قد زال ، فتزول تبعاً له[1] .

وبسبب هذا الشرط لا يصح أن يطالب بالشفعة فى موضعين :

أحدهما — إذا كان العقار فى يد من يطالب بالشفعة على أنه وقف هو ناظر عليه ؛ لأن الناظر على الوقف ليس مالكا له ، فلا يتحقق فى جانبه سبب الشفعة ، وهو اتصال المالكين ، كما أن الغرض من الشفعة لا يتحقق أيضاً ؛ لأن الغرض هو دفع الضرر المتوقع الدائم من هذا الدخيل ، ويد الناظر على الوقف ليست يداً دائمة . وكما أن الناظر ليس له حق الشفعة إذا بيع عقار متصل بأعيان الوقف . كذلك المستحق فى الوقف ليس له حق الشفعة ؛ لأنه منتفع ، وليس بمالك للعين ، وإذا كان العقار المشفوع فيه موقوفاً ، وبيع لمسوغ شرعى بيعاً صحيحاً فإن الشفعة تثبت فيه للمتصلين به من شركاء أو مرتفقين أو جيران[2] .

ثانيهما — ليس للوارث فى مذهب الحنفية أن يطالب بالشفعة إذا مات الشفيع المورث قبل الحكم له ؛ وذلك لأن حق الشفعة لا يورث ؛ إذ هو إرادة ومشيئة .

---

(١) وتسقط الشفعة بعد خروج العقار من ملك صاحبه ، لا بمجرد العقد الناقل الملكية ، فإذا باع الشفيع بشرط الخيار لا تسقط الشفعة إلا بعد سقوط الخيار .

(٢) لقد ذكر أستاذنا الفاضل الشيخ أحمد ابراهيم بك فى كتابه المعاملات أن العقار إذا أخذ بدل عقار موقوف بطريق الاستبدال لا تثبت فيه شفعة قط ؛ لأنه يصير وقفاً بمجرد الاستبدال .

ولا تثبت الشفعة للوارث استقلالا ؛ لأنه لم يكن مالكا وقت العقد الذى خرجت به ملكية المشفوع فيه إلى الدخيل .

وقال الشافعى ومالك وأحمد بن حنبل : إن الشفيع إذا طالب بأخذ العين بالشفعة ثم مات ينتقل الحق إلى ورثته ؛ لأن هذا حق يعتبره الشارع ، والوارث خليفة المورث فيما يملكه من أموال وحقوق ، فينتقل حق الشفعة إليهم بمقتضى هذه الخلافة .

ووجهة نظر الحنفية قد أشرنا إليه ، وهى أن حق الأخذ بالشفعة مجرد رأى ومشيئة ، وهما حالان للشخص ينتهيان بوفاته ، ولا وجود لها من بعده حتى يخلفه الوارث فيهما ، فإذا كانت الشفعة من هذا القبيل فهى تنتهى بوفاة صاحبها .

ولا يوجد نص فى قانون الشفعة المعمول به يعين العمل بأحد الرأيين : رأى الحنفية أو رأى غيرهم ؛ ولذلك اختلفت المحاكم والشراح فى ذلك ، فبعض المحاكم ومعها بعض الشراح قرر أن حق الشفعة لا يورث ، سالكا مسالك الحنفية فى أنه حق شخصى لا يبقى بعد الشخص ، ولا يخلفه فيه أحد ، وبعض المحاكم والشراح قرر أنه ينتقل إلى الوارث ، سالكا مسالك مالك والشافعى وغيرهما فى أنه حق يعتبر من مرافق الملك ، فينتقل إلى الورثة كسائر الحقوق التى من هذا القبيل .

وقد طرح الموضوع بسبب هذا الخلاف على دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة ، فقررت فى ٣ مايو سنة ١٩٣٠ أن حق الشفعة لا ينتقل إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل الامتلاك بالتراضى أو بقضاء القاضى[١] .

---

(١) راجع كتاب الشفعة للأستاذ الجليل الدكتور محمد كامل مرسى بك ص ٣٢٨ .

٩٣ — الشرط الرابع :

ألا يثبت رضا الشفيع بالعقد الذى تم بين المالك والدخيل ، فإن ثبت هذا الرضا عند حصول العقد ، فليس له أن يطالب بالشفعة ؛ لأنه إن طالب يكون ساعياً فى نقض ما تم من جهته ، ومن سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه .

ويشترط لتمام الرضا أن يكون عالماً بالمشترى والثمن ، فإن رضى بالعقد على فرض ثمن خاص أو مشتر خاص ، فتبين أن الثمن أقل مما سلم فى الشفعة على فرضه ، أو أن المشترى غير من رضيه جاراً أو شريكا ، ففى هذه الحال لا يعتبر راضياً ؛ لأن الرضا قام على فرض ، والواقع غيره .

والرضا قسمان : رضا صريح ، ورضا دلالة .

فالصريح ما كان بعبارة مفيدة لرضاه بالمشترى جاراً أو شريكا ، والدلالة ما كان بتصرف لا يقوم إلا على فرض رضا الشفيع بالدخيل ، كأن يكون هو وكيل البائع فى البيع ؛ فإن ذلك يدل على رضاه بالمشترى جاراً أو شريكا ، لأن الأخذ بالشفعة يلزم منه أن تنقض ملكية المشترى التى ما تمت إلا بفعل الشفيع ؛ فطلب الأخير بالشفعة سعى فى نقض ما تم من جهته بلا ريب ، وذلك مردود وغير مقبول فى الشريعة الغراء كما ذكرنا .

ولو كان الشفيع وكيل المشترى فى الشراء لا يعتبر ذلك رضا بالمشترى جاراً أو شريكا ؛ لأنه عساه قبل الوكالة ليتم الشراء ، ويتقرر حق الشفعة .

ولأن الوكالة بالشراء لا تعتبر تمليكا المشترى من جانبه ، كما اعتبرت الوكالة فى البيع ، بل تعتبر إمضاء لعقد مسبب الملكية ناقل لها ، والمملك للمشترى هو البائع ، وطلب الأخذ بالشفعة لا ينافى انتقال الملكية من البائع ،

بل يقرره ، لأن الأخذ بالشفعة فيه إقرار لانتقال الملكية من البائع ، ولكن بدل أن تكون للمشترى تكون للشفيع .

هذا ، ومن المقرر أن المشترى لو كان أحد الشفعاء لا يسقط حقه فى الشفعة ، وإذا كانت مباشرة الأصيل لعقد الشراء لا تسقط حق الشفعة ، فكذلك مباشرة الوكيل لا تسقط الحق بالنسبة إليه .

طلب الشفعة

٩٣ — لابد لطلب الأخذ بالشفعة الذى يقبله القضاء ويقضى به شرعاً من تحقق أمرين :

أحدهما : أن يطالب الشفيع بالعقار المبيع كله لا بعضه ؛ لأنه إن طالب ببعضه فقد رضى بالمشترى شريكا ، وبذلك يكون متناقضاً مع طلبه ؛ لأن الأخذ بالشفعة لدفع ضرر الدخيل الجديد فإن رضيه شريكا ، فقد أقر بأنه لا ضرر من شركته ، وبالأولى لا ضرر من جواره ، فيسقط حق الشفعة على الأقل فى اعتباره ، ولأنه لو أخذ بعض العقار المشفوع فيه لتفرقت الصفقة على المشترى لأنه ما اشترى الجزء ، بل اشترى كل العقار ، وتفريق الصفقة على المشترى لا يصح من غير رضاه ، ولا يوجد سبب شرعى يسقط ذلك الحق للمشترى .

وإذا تعدد المشترون يصح للشفيع أن يطالب بحصة أحدهم دون الباقين ، لأنه ربما كان الاتصال بأحدهم ضاراً فيطالب بحصته ، والاتصال بالآخرين غير ضار فلا يطالب بحصصهم(١) .

---

(١) وإذا تعدد البائعون وكان المشترى واحداً اختلفت الروايات فى المذهب ، فظاهر الرواية أن ليس للمشترى أن يطالب نصيب أحد البائعين ، سواء أتم القبض أم لم يتم ، ورواية أخرى أن للشفيع أن يطالب بنصيب أحد البائعين قبل القبض ، وبعده لا ، والصحيح ما فى ظاهر الرواية .

ثانيهما : أنه لابد من وجود ثلاثة طلبات :

(أولها) طلب المواثبة ، وذلك بأن يطالب بالشفعة عقب العلم بالبيع والثمن والمشترى .

ووقت هذا الطلب يكون فور العلم ، حتى لو علم بالبيع بكتاب والخبر فى أوله لا ينتظر حتى يتم الكتاب قراءة ، وهذا عند الجميع فى الرواية الراجحة فى المذهب .

وروى عن الإمام محمد أن وقت الطلب يمتد إلى آخر المجلس ، ووجه الرواية الأولى ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: « إنما الشفعة كنشط عقال إن قيد مكانه ثبت ، وإلا ذهب » وفى بعض الروايات « إنما الشفعة كحل عقال إن قيد مكانه ثبت ، وإلا فاللوم عليه » .

ولأنه حق ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القواعد الفقهية عند الأكثرين ، فلا يستقر إلا بالطلب على المواثبة ، ويذهب به أقل تردد .

ووجهة الرواية الثانية عن محمد أن حق الشفعة ثبت لمصلحة الشفيع لدفع الضرر عنه ، لاحتمال أذى المشترى الجديد ، وذلك ضرر خفى يحتاج إلى النظر والتأمل ، ليوازن بين غرم الشراء ، وضرر الدخيل . ومن جهة أخرى ليعرف صلاحية الثمن وخلوه من الغبن ، وذلك التأمل اللازم يحتاج إلى وقت ، فكان المعقول أن يمتد إلى آخر المجلس .

ولا يشترط لهذا الطلب الإشهاد عليه ، وإن كان من مصلحة الشفيع أن يشهد عليه ليستطيع إثباته بالبينة إذا أنكر المشترى وقوعه .

(ثانيها) طلب التقرير والإشهاد وذلك بأن يذهب إلى العقار . أو إلى المشترى ، أو إلى البائع إذا كان المبيع لازال فى يده ، ويطالب بالشفعة

ويشهد على ذلك وجوباً ، لكي يتقرر حقه . أما جواز الطلب عند المبيع فلأن الحق متعلق به ، وأما الطلب عند المشترى فلأنه الخصم فى كل حال ، سواء أكان العقار فى يده أم لا يزال فى يد البائع ، وأما الطلب من البائع إذا كان العقار لا يزال فى يده ، فذلك لأنه خصم بمقتضى يده .

ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكين من الإشهاد عند أحد هؤلاء الثلاثة ، حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته ، وإن قصد الأبعد وترك الأقرب لم تبطل الشفعة إن كانوا فى مصر واحد وإن كان بعضهم خارج المصر ، وهو الأبعد فقصده ، وترك الأقرب تبطل الشفعة .

وإذا تم الإشهاد على الشفعة عند العقار أو عند المشترى أو البائع فى طلب المواثبة ، كان فيه معنى طلب التقرير وأغنى عنه ، فلا يكون ثمة حاجة إليه .

(ثالثها) طلب الامتلاك بالمخاصمة والترافع إلى القضاء . ولقد قرر الفقهاء أن الشفعة تستقر بالطلبين السابقين ، ولذا لم يجعل أبو حنيفة لهذا الطلب الأخير مدة معينة ؛ لأن التأخير لا يضر بعد تقرر الحق .

وروى هذا عن أبى يوسف أيضاً كما روى عنه أن الشفيع إن ترك المخاصمة زمناً كان يستطيع المخاصمة فيه بطلت شفعته .

وقال محمد وزفر رحمهما الله إذا مضى شهر بعد الإشهاد والتقرير ولم يطلب من غير عذر بطلت شفعته ، وهو رواية عن أبى يوسف[1] .

وقد استدل لمحمد وزفر فى قولهما إنه إن ترك شهراً بعد الإشهاد بطلت شفعته بأن المشترى يتضرر بترك الأمر معلقاً من غير أن يجعل للطلب نهاية زمنية معلومة ، لأنه لا يبنى ولا يغرس ولا يقوم بشىء مما يحتاج إليه العقار

---

(١) قد روى إذن عن أبى يوسف ثلاث روايات إحداها أنه مع أبى حنيفة فى أن التأخير لا يسقط الشفعة ، وثانيتها أن الشفعة تسقط إذا ترك المخاصمة مدة كان يستطيع فيها المخاصمة ولم يفعل ، وثالثها أنه إن تركها شهراً سقطت الشفعة وإلا لا تسقط .

مادام مهدداً بنزعه من يده ، وذلك ضرر بلا ريب ؛ إذ هو يحد إرادته فى التصرف فى ملكه ، ولا يصح أن يدفع الضرر المحتمل للشفيع بهذا الضرر الذى يقع بالمشترى من التأخير .

واستدل لأبى حنيفة بأن الحق قد ثبت بالمواثبة والتقرير .

والأصل أن الحق متى ثبت لإنسان لا يبطل إلا بإبطال شرعى ، ولم يوجد؛ لأن تأخير المطالبة لا يكون إبطالا كتأخير استيفاء الديون لا يعد إبراء .

٩٤ — والخصم فى طلب الشفعة هو المشترى سواء أكان العقار فى يده أم لا يزال فى يد البائع ، وقد ترفع الدعوى على البائع إذا كان العقار لا زال فى يده ، ولكن لا تسمع البينة ولا يقضى إلا فى حضرة المشترى ؛ لأنه الخصم الأصلى؛ إذ هو الذى سينتزع الملك جبراً عنه ؛ ولأن أخذ المبيع من يد البائع يوجب عدم إمكان تسليم المبيع قبل القبض ، وذلك يوجب فسخ البيع بالنسبة للمشترى ، ولا يجوز الفسخ إلا فى حضوره .

ويصح أن ترفع الدعوى على وكيل المشترى إذا كان قد تسلم العقار من البائع ولم يسلمه إلى المشترى ، وذلك لأن الشفعة من حقوق العقد ، وهى راجعة إلى الوكيل فى البيع والشراء عند الحنفية .

وروى عن أبى يوسف أن الشفيع لا يخاصم الوكيل ، بل يخاصم الموكل ، وذلك لأن الوكيل لم يشتر لنفسه بل اشترى لموكله ، ولأن الشفعة ليست من حقوق العقد ، بل من متعلقات حكم العقد ، وهو الملك ، والملك يتعلق بالموكل ، لا بالوكيل ، ألا ترى أن غاية الشفعة أن ينزع الملك ممن آل إليه ، والذى آل إليه الملك هو المشترى ، وليس الوكيل .

الملك بالشفعة

٩٥ — يملك الشفيع العقار المشفوع فيه بأحد أمرين :

إما بالتراضى مع المشترى ، ويكون الأخذ حينئذ شراء جديداً من المشترى ، ولا ينقض البيع الأول بلا خلاف .

وإما بحكم القاضى ، ويكون الأخذ بحكم القضاء كشراء جديد من المشترى ، إذا كان قد تسلم العقار ، ويكون هذا تقريراً للبيع .

وإذا كان العقار لا زال فى يد البائع ، أيعتبر الأخذ بحكم القضاء نقضاً للبيع ، أم يكون شراء جديداً غير ناقض للبيع الأول ؟

اختلفت فى ذلك الروايات والأقوال فى المذهب ، فقال بعض المشايخ وهو إحدى الروايتين : إن البيع فى ذاته لا ينقض ، ولكن يتحول من المشترى إلى الشفيع ، فإن كان ثمة نقض فى البيع فهو بالنسبة المشترى ، وليس هناك نقض للعقد فى ذاته .

وقال بعض آخر ، وهو الرواية الثانية : إن البيع الأول ينقض ، ويكون بين الشفيع والبائع ما يشبه البيع الجديد . وحجة الرأى الأول أن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة ، لأنها قامت على أساس وجود بيع ، فإذا انتفى انتفت وتكون قد عادت على أصلها الذى قامت عليه بالنقض ، فتهدم .

ووجهة الرأى الثانى أن القاضى إذا قضى بالشفعة قبل تسليم البائع العقار للمشترى فإن المشترى يعجز عن أخذ المبيع ، والعجز عن قبض المبيع يوجب بطلان البيع لخلوه عن الفائدة .

وأيضاً فإن البيع قد أوجد ماسكا للمشترى فى العقار ، وبحكم القاضى قد

صار الملك للشفيع ، وزال أثر البيع ، ولا يزول أثر البيع إلا إذا زال البيع نفسه .

ومهما يكن من الاختلاف بالنسبة لبقاء البيع أو انتقاضه ، فمن المقرر أن الأخذ بالشفعة بالنسبة للشفيع يكون فى حكم الشراء الجديد ، سواء أكان بالقضاء أم بالتراضى . فله أن يرد العقار المشفوع فيه بخيار الرؤية إن لم يكن رآه ، وله الرد بخيار العيب إذا رأى فيه عيباً ، ولو كان المشترى قد اشترط عليه البراءة من كل العيوب .

٩٦ — وملك الشفيع للعقار يبتدىء من وقت التراضى بينه وبين المشترى ، أو من وقت الحكم بالأخذ بالشفعة ، ولا ملك له قبل الأخذ بأحد هذين الأمرين ، بل الملك قبل ذلك للمشترى ؛ لأن سبب الملك قائم وهو الشراء ، ولا يتنافى طلب الشفعة مع ذلك ، بل إن الشفعة تقوم على خروج العقار من ملك مالكه ، ولا يخرج سائبة من غير مالك ، بل يدخل فى ملك المشترى .

وإن كل ما للشفيع قبل الحكم من حق إنما هو حق المطالبة بالعقار بسبب الشفعة ، وذلك لا يثبت ملكا إلا بعد التراضى أو الحكم ، فلا ملك إذن للشفيع قبل ذلك ، وهذا هو المنصوص عليه فى كتب الحنفية[1] .

ولكن قانون الشفعة لم يتعرض لابتداء الملك بالشفعة ولم يبينه ؛ ولذا اختلفت المحاكم فى ذلك على ثلاثة آراء : فبعضها قضى بأن الملك للشفيع يستند إلى وقت العقد ، وبعضها رأى أن الملك يثبت له مستنداً إلى وقت المطالبة بالعقار المشفوع فيه بمقتضى الشفعة ، وبعضها قرر أن الملك يبتدىء

---

(١) راجع البدائع الجزء الخامس ص ٢٢ . و ص ٢٣ . وراجع الأشباه والنظائر الجزء الثانى فى باب الملك .

من وقت الحكم، لا من وقت الطلب ولا من وقت البيع ، وهذا الرأى الأخير هو الذى اختارته دوائر محكمة الاستئناف المجتمعة[١] .

٩٧ — وإذا كان ملك المشترى ثابتاً على العقار المشفوع فيه قبل الحكم بالشفعة ، فله أن يتصرف فيه تصرف المالك من كل الوجوه ، فله أن يبنى فيه ، وأن يغرس أشجاراً ، ويهدم ، ويقلع ، ويزيد ، وينقص ، ويستغل ويستعمل ، وله أن يتصرف كل التصرفات الشرعية من بيع وهبة ووقف وغير ذلك ، ولكن هذه التصرفات عرضة للنقض إذا حكم للشفيع بالملك بمقتضى الشفعة ، فإذا وقف المشترى ، ثم حكم للشفيع ، فله نقض الوقف وأخذ العقار ، ولو كان الوقف وقف مسجد .

٩٨ — وإذا كان المشترى قد أحدث زيادات فى العقار ، ثم جاء الشفيع وامتلكه بمقتضى الشفعة ، فإن كانت هذه الزيادات لا تقبل الانفصال عن العين كطلاء العقار ، فإن الشفيع يأخذ العقار بالثمن وقيمة الزيادة ؛ لأنها زادت قيمة العين .

وإن كانت الزيادة تقبل الانفصال عن العين بأن كانت تنفصل عنها من غير ضرر بها ، وتكون لها قيمة بعد انفصالها ، كالبناء وغرس الأشجار ، وكالزرع فالحكم فى هذه الحال أنه إن كان لاتصال الزيادة بالأرض وقت معلوم ثم تنفصل بعده كالزرع ، فإنه يبقى فى الأرض بأجر المثل إلى أن ينضج ويحصد ، لأنه لا ضرر على المشترى فى ذلك ، إذ لا يتلف زرعه ، ولا ضرر على الشفيع ، إذ سيأخذ الأجرة .

وإن لم يكن للزيادة التى تقبل الانفصال أمد محدود معلوم ، وذلك كما فى

---

(١) راجع كتاب الشفعة لأستاذنا الكبير الدكتور محمد كامل مرسى بك ص ٣٣٩ ، ٣٤٠ ، ٣٤١ ، ٣٤٢ .

البناء فى العقار والغراس فيه ، فالحكم أنه يخير الشفيع بين ثلاثة أمور :

إما أن يترك الأخذ بالشفعة ، وإما أن يأخذ العقار بثمنه والشجر أو البناء بالقيمة مستحقين للقلع والهدم[١] . وإما تكليف المشترى قلع الشجر وهدم البناء وتسليم العين .

غير أنه يلاحظ أن أخذهما بقيمتهما مستحقين للقلع أو الهدم إنما يكون إذا رضى المشترى بذلك ، وإلا كلف الهدم أو القلع ، إلا إذا كان القلع أو الهدم يضر بالأرض ، ففى هذه الحال لا حاجة إلى رضاه فى أخذهما بقيمتهما مستحقين للقلع أو الهدم .

هذا هو الرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه .

وروى عن أبى يوسف أن الشفيع مخير بين أمرين فقط : إما أن يترك الشفعة ، وإما أن يأخذ العقار بثمنه ، والشجر والبناء بقيمتهما مستحقين للبقاء ، وليس له أن يكلف المشترى القلع أو الهدم . وذلك هو مذهب مالك والشافعى .

ولكل من الرأيين وجهة ، فوجهة الرواية الراجحة فى مذهب أبى حنيفة أن المشترى بنى وغرس فى عقار تعلق به حق مؤكد لغيره ، يجعله أولى بالعقار منه ، ولم يكن بناؤه وغرسه بإذن أو تمكين منه ، فكان من حقه أن يأخذ العين خالية مما زاده ، فله أن يكلفه القلع والهدم . وإن كان ذلك يضر بالأرض أخذه بقيمته مستحقاً للقلع أو الهدم ، وما يحصل للمشترى من ضرر

---

(١) للبناء والشجر ثلاث قيم (ا) قيمتهما مستحقين للبقاء ، وتقدر هذه القيمة بما أحدثاه من زيادة فى قيمة العقار وهما فيه بأن تقدر قيمة العقار خالياً منهما وقيمته وهما قائمان به فالفرق هو قيمتهما مستحقين للبقاء ، (ب) قيمتهم والبناء أنقاض ، والشجر مقلوع . وهذه تقدر بعد القلع والهدم ، (ج) وقيمتهما مستحقين للقلع أو الهدم . وهذه تقدر لهما بعد القلع أو الهدم ، ثم يستنزل منها تكاليف القلع أو الهدم .

فهو السبب فيه ؛ لأنه كان يجب أن يحتاط لنفسه ، فلا يحدث زيادة فى عين كان يتوقع أن تنتزع منه جبراً عنه .

ووجهة نظر أبى يوسف ومالك والشافعى أن التكليف بالهدم أو القلع أو الأخذ بالقيمة مستحقين للقلع والهدم ، إنما يكون ذلك إذا كان ما فعله المشترى يعتبر عدواناً ، مع أنه ليس فى فعله عدوان ، لأنه يبنى ويغرس فى خالص ملكه ؛ لأنه بالشراء صار العقار مملوكا له ، فله كل صنيع الملاك ، فلا يصح إذن أن يعامل معاملة المغتصبين ، بأن يكلف القلع أو الهدم . وتكليف الشفيع أخذ البناء أو الغراس بقيمتهما مستحقين للبقاء أى بما زاداه فى قيمة العقار هو العدل ، لأنه لا يتضرر واحد منهما ، إذ الشفيع يأخذ شيئاً بقيمته فلا شطط ولا جور بالنسبة له ، والمشترى سيعوض عما أنفق بلا زيادة ولا مغالاة .

وقانون الشفعة فصل فى ذلك الموضوع تفصيلا حسناً ، فأخذ برأى أبى حنيفة فى الحال التى يكون فيها البناء والغرس بعد طلب الأخذ بالشفعة ؛ لأنه يكون المشترى قد أقدم على البناء ، وهو يعلم أن العين ستؤخذ منه ، فإن كان القلع أو الهدم وحدث له ضرر فهو الجانى على نفسه . وإن كان البناء أو الغراس قبل الطلب فقد أخذ القانون بمذهب مالك والشافعى والرواية عن أبى يوسف ؛ لأنه عسى أن يكون المشترى غير متوقع الطلب بالشفعة ، ثم هو يتصرف فى ملكه .

وإذا حدث نقص فى المشفوع فيه فى يد المشترى ، فإن كان النقص فى نفس العقار كأن يكون بجوار نهر فأخذ منه جزءاً فى مجراه ، فالحكم فى هذه الحال أن الشفيع يأخذ العقار الباقى بحصته من الثمن ، بأن تقدر قيمته ناقصاً وقيمته غير ناقص ، وينقص من الثمن نسبة النقصان .

فإذا كانت القيمة ناقصاً مائة وكانت القيمة كاملا عشرين ومائة والثمن ثمانية ومائة ، ففى هذه الحال ينقص من الثمن مقدار السدس ، لأن العشرين وهى الفرق بين القيمتين تعادل سدس قيمته كاملا ، فينقص من الثمن سدسه .

وإن كان النقص فى تابع العقار كالبناء والشجر فإن كان بغير فعل أحد ، كتهدم البناء أو احتراقه ، فالشفيع إما أن يأخذ العقار بالثمن كاملا ، وإما أن يترك ؛ لأنه لاغريم له ، وإن كان بصنع المشترى ، فالشفيع مخير بين ترك الشفعة ، وبين أن يأخذ العقار بحصته من الثمن ، وطريقة معرفة ذلك كما بينا آنفاً ، وفى الحال التى يكون فيها المتلف للبناء أو الشجر غير المشترى يرجع عليه هو بما غرم بسبب فعله .

٩٩ — والثمن الذى يجب على الشفيع فى الشفعة هو مثل الثمن الواجب على المشترى . فإن كان الثمن مثلياً وجب مثله ، وإن كان قيمياً وجبت قيمته[١] ، لأن الواجب هو المثل ، فإن أمكن المثل فى الصورة والمالية وجب هو ، وذلك يكون فى المثلى ، وإذا تعذر المثلى فى الصورة ، كما فى القيمى وجب المثلى فى المالية وهو القيمة ؛ وعلى ذلك إذا تقايض شخصان فأعطى كل واحد عقاره فى نظير عقار صاحبه ، فإن الشفعة تثبت لشفعاء العقارين ، ويكون الواجب على الشفيع قيمة العقار الذى اعتبرت قيمته ثمناً بالنسبة له .

وإذا حط البائع جزءاً من الثمن عن المشترى فإن ذلك الجزء ينقص أيضاً من الواجب على الشفيع ؛ لأن الجزء الباقى يكون هو الثمن ، ولكن إذا وهب البائع الثمن المشترى ، فإن الشفيع لا يسقط عنه شىء ، لأنه لم يبق شىء يصلح ثمناً مستقلا .

وإذا زاد المشترى الثمن للبائع لاتلزم الشفيع هذه الزيادة ؛ لأنها تبرع

---

(١) وقال أهل المدينة إذا كان الثمن قيمياً تجب قيمة العقار المشفوع ، لا قيمة الثمن .

من المشترى ، والتبرع منه لا يلزم الشفيع ، وعساه يكون فعل ذلك مضارة بالشفيع ، فيرد عليه قصده .

وإذا كان الثمن مؤجلا عن المشترى ، لم يثبت الأجل الشفيع عند الأئمة الثلاثة من فقهاء الحنفية . وقال زفر ومالك [١] والشافعى : إن الأجل يثبت فى حقه ، ووجهتهم أن الشفيع يملك المشفوع فيه بالثمن الذى ثبت وجوبه على المشترى . والثمن الذى ثبت وجوبه عـــلى المشترى فى حال التأجيل ثمن موصوف بهذا الوصف ، فيثبت على الشفيع بوصفه . ووجهة نظر الحنفية فى هذا أن الأجل لم يثبت وصفاً للثمن ، ولكن ثبت شرطاً فى العقد بين البائع والمشترى ، والشروط التى تكون بين البائع والمشترى لا تثبت فى حق الشفيع ، فخيار الشرط للمشترى لا يثبت فى حق الشفيع ، وشرط البراءة من كل العيوب لا يلتزم به الشفيع ، وهكذا فكذلك الأجل شرط بين البائع والمشترى لا يثبت فى حق الشفيع . وعلى ذلك يكون الشفيع عند الحنفية مخيراً بين أمرين : إما أخذ المشفوع فيه بثمن حال قبل نهاية الأجل ، وإما تأجيل الأخذ حتى ينتهى الأجل ، وليس معنى ذلك أن يؤجل طلب الأخذ بالشفعة حتى ينتهى الأجل بل يطالب فى المواعيد المقررة الثابتة ، ولكن لا يأخذ العقار إلا بعد أن ينتهى الأجل ويسلم الثمن . ولقد روى عن أبى يوسف أنه قال إن : الطلب أيضاً يتأخر ، لأن الطلب ليس بمقصود لذاته ، بل للأخذ ، وإذا تأخر الأخذ يكون له الحق فى تأخير الطلب .

وقد أخذ قانون الشفعة بنظرية الحنفية فى أن الشفيع لا ينتفع بالأجل

---

(١) ولقد اشترط مالك لثبوت التأجيل فى حق الشفيع أن يكون مليئاً ، أو يأتى بضامن يتكفل الأداء ، وذلك معقول جداً .

الذى ضرب المشترى ، وذلك ما نصت عليه المادة الثالثة عشرة ، ونصها :
« يحل الشفيع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه فى كافة ما كان له وعليه من الحقوق ، على أن المشترى إذا استحصل على تأجيل الثمن لا ينتفع الشفيع من هذا التأجيل إلا برضا البائع » .

مسقطات الشفعة

١٠٠ — قد تبين مما تقدم الأمور التى تسقط بها الشفعة ، والآن نلخص بعضها فنها :

(ا) الرغبة عن الشفعة صراحة كأن يقول : أبطلت الشفعة ، أو أسقطت حقى فى العقار المشفوع فيه ، أو نحو ذلك من العبارات الصريحة فى ترك الشفعة ؛ وذلك لأن شرط الشفعة عدم الرضا بالدخيل جاراً أو شريكا كما تقدم ، ولأن الشفعة خالص حقه فله أن يتمسك به ، وله أن يتنزل عنه ، وإذا تنزل سقطت الشفعة والساقط لا يعود إلا بسبب جديد . وشرط الإسقاط بهذا النوع الصريح أن يكون بعد البيع وقبل الحكم ، لأنه قبل البيع لم يثبت السبب الداعى للشفعة فلا تثبت ، ولا معنى لإسقاط حق لم يثبت بعد ، وبعد القضاء قد ثبتت ملكيته للعين المشفوع فيها ، فلا يسقط الحق إلا بالفسخ وذلك بعقد بينه وبين المشترى .

(ب) وجود تصرف من الشفيع يدل على ترك الشفعة ، ويكون ذلك تركا للشفعة دلالة ، وذلك كأن يترك طلب المواثبة أو التقرير فى ميقاتهما ، أو يستأجر المشفوع فيه من المشترى ، أو يساومه فيه ؛ لأن ذلك يعتبر

إقرارا لملكية المشترى ، واسقاطاً لحقه فى الشفعة ، ومن ذلك أن يكون وكيل المالك فى البيع كما بينا .

(ج) إذا لم تستمر ملكية الشفيع للعقار المشفوع به ، لأنه إذا خرج من ملكه سقط سبب الشفعة فتسقط معه .

(د) موت الشفيع ، فإن الشفعة لا تنتقل إلى الموارث عند الحنفية ، وقد بينا ذلك فى موضعه ، فارجع إليه .



نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية

العقد

١٠١ — ذكرنا أن أسباب الملكية ثلاثة أنواع — أولها — السبب المنشىء الملكية على الأشياء بعد أن لم تكن ، وهو الاستيلاء على الأشياء المباحة ، وقد بيناه — ثانيها — الخلافة عن المالك ، وموضع ذلك الكلام فى الوصايا والمواريث — ثالثها — الأسباب الناقلة للملكية من حيز إلى حيز ، وذلك يكون بالعقود التى تفيد نقل الملكية . وكلامنا الآن فيما يشمل هذا القسم الأخير وهو أحكام العقود . ونكتفى هنا بالأحكام العامة لها ، ولا نخص آحادها بالبيان ، ولنبدأ بتعريف العقد :

يطلق العقد فى اللغة على الجمع بين أطراف الشىء وربطها ، وضده الحل ، ويطلق بمعنى إحكام الشىء وتقويته . ومن معنى الربط الحسى بين طرفى الحبل أخذت الكلمة للربط المعنوى للكلام أو بين الكلامين ، ومن معنى الإحكام والتقوية الحسية للشىء أخذت اللفظة وأريد بها العهد ، ولذا صار العقد بمعنى العهد الموثق ، والضمان ، وكل ماينشىء التزاماً .

هذا معنى العقد فى اللغة ، والمعنى الذى اصطلح عليه الفقهاء لكلمة العقد لا يبعد عن المعنى اللغوى له ، بل هو فى الواقع تقييد للمعنى اللغوى وحصر له ، وتخصيص لما فيه من العموم . والمتتبع لكلام الفقهاء المتفهم لمعانيها يرى أن للعقد معنيين عندهم ، ويطلق بإطلاقين ، فنرى من عباراتهم مايفيد أن العقد هو ربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعى بالتزام لأحد الطرفين أو لكليهما ، وهذا يتفق كل الاتفاق مع تعريف القانونيين للعقد بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو انهائه[1] . ولذا لا نجد أكثر الفقهاء يطلقون على الطلاق والإبراء والإعتاق وغيرها مما يتم بكلام طرف واحد

---

(١) نظرية العقد لأستاذنا الدكتور السنهورى بك ص ٧٩ ، ٨٠ .

من غير كلام الطرف الثاني — اسم العقد ، ويطلقون على البيع ، والهبة ، والزواج ، والإجارة وغيرها مما لا يتم إلا بربط كلامين من طرفين اسم العقد .

وبجوار هذا نجد من الكتاب في الفقه من يعممون ، فيطلقون كلمة العقد على كل تصرف شرعي سواء أكان ينعقد بكلام طرف واحد أم لا ينعقد إلا بكلام طرفين ، ويقولون إن كل ما عقد الشخص العزم عليه ، فهو عقد ، وقد بين ذلك أبو بكر الرازي في أحكام القرآن ، وهو يرى أن العقد في أصل اللغة الشد ثم نقل إلى الإيمان والتصرفات الشرعية ، من كل مايراد به التزام شخص الوفاء بشيء يكون في المستقبل أو الزامه به ، فيسمى في نظره البيع والنكاح والإجارة وسائر عقود المعاوضات عقوداً ، لأن كل واحد من العاقدين قد ألزم نفسه الوفاء بشيء من جانبه ، وكذلك تسمى الشركة والمزارعة والمساقاة وغيرها عقوداً ؛ لما فيها من هذا المعنى ، وكذلك العهد أو الحلف على شيء في المستقبل يسمى أيضاً عقداً ، لأن الحالف أو المتعهد قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه أو بما تعهد به ، بل إن الرازي يعد كل شرط يشترطه الشخص على نفسه عقداً ؛ لأنه التزم وفاءه في المستقبل(١) . وخلاصة القول أن العقد في نظر الرازي كل ما التزم فيه الشخص الوفاء بأمر في المستقبل ، سواء أكان ذلك الالتزام بإلزام نفسه أم كان باتفاق مع شخص آخر ، وعلى هذا الإطلاق كثيرون من الفقهاء ، ولذلك يتكلمون في التعليق ، والشروط المقترنة بالعقود على الطلاق والإبراء والإعتاق ، على أنها عقود ، مع أنها لا تعتبر عقوداً ، إلا على هذا المعنى ؛ لأنها تنشيء التزاماً بأمر في المستقبل ، وهو عدم الحل في الطلاق ، وعدم المطالبة في الإبراء ، وسقوط المالكية في العتاق .

---

(١) أحكام القرآن الجزء الثاني ص ٢٩٤ سورة المائدة .

١٠٢ — وإذا كان للعقد إطلاقان على ماتبين ، فالعلاقة المنطقية بينه وبين التصرف الشرعى ، أنه على اعتبار أن العقد توافق ارادتين ينشأ عنه التزام ، أو ربط كلامين ينشأ عنه حكم شرعى[1] يكون التصرف الشرعى أعم من العقد ؛ لأن التصرف يشمل العقد بهذا المعنى ويشمل غيره .

وأما على اعتبار أن العقد كل ما ترتب عليه التزام سواء أتكون من توافق إرادتين ، أم بالتزام إرادة واحدة منفردة ، فيكون العقد مرادفاً للتصرف ، ومساوياً له فى الدلالة والمعنى ؛ لأن التصرف الشرعى كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب عليه الشارع أثراً شرعياً فى المستقبل .

وفى الجملة إن كتب الفقه تذكر كلمة العقد ، وتريد بها أحياناً المعنى العام ، وهو المرادللتصرف ، وتذكرها أحياناً وتريد بها المعنىالخاص ، وهو مالا يتم إلا من ربط كلامين يترتب عليه أثر شرعى يقرره الشارع ، وهذا المعنى هو الشائع الكثير المشهور ، حتى يكاد ينفرد هو بالاصطلاح ، ولذا إذا أطلقت كلمةالعقد تبادر إلىالذهن ، أما المعنىالثانى ، فلاتدل عليه كلمة العقد ، إلا بتنبيه يدل على التعميم .

ولا نكاد نجد فقيهاً يطلق كلمة عقد ويريد الطلاق ، أو الإعتاق ، أو اليمين من غير تنبيه ؛ لذلك نعد الاصطلاح الشائع الأغلب اطلاق العقد فى المعنى الخاص ، دون العام الذى يراد به مايرادف التصرف الشرعى .

---

(١) معنى الحكم الشرعى هنا الأثر الذى يرتبه الشارع على توافق الإرادتين .

ركن العقد[1]

١٠٣ — إذا سرنا على تعريف العقد العام الذى يشمل بمقتضاه كل التصرفات الشرعية ، كان ركن العقد مختلفاً باختلاف نوع التصرف ، فإن كان من التصرفات التى تتم بإرادة واحدة كالعتق والطلاق ، والوقف من حيث انشاؤه (على قول أكثر الأئمة أصحاب المذاهب) ، فالتصرف ينعقد بعبارة من له الإرادة المنشئة للعقد من غير نظر إلى رضا سواه ، ومن غير حاجة إلى ضم عبارة غيره إلى عبارته . أما إن كان من التصرفات التى لا تتم إلا بتوافق ارادتين ، كالبيع والإجارة وغيرهما ، فلابد لانعقاده من عبارتين تعبران عن كلتا الإرادتين ، وتنبئان عن توافقهما والتقائهما .

وإذا كنا نسير على مقتضى المشهور الغالب ، وهو أن العقد لا يكون إلا بالمعنى الخاص ، فلابد لانعقاد العقد من عبارتين تدلان على توافق الارادتين ، وقد اصطلح الفقهاء على تسمية هاتين العبارتين بالإيجاب والقبول .

والإيجاب ماصدر من أحد العاقدين أولا ، والقبول ماصدر من العاقد الثانى ثانياً ، وسمى القول الأول إيجاباً ، والثانى قبولا ؛ لأن الإيجاب معناه الإثبات ، ولما كان القول الأول أصلا لإثبات الالتزام ، والثانى يجىء مبنياً عليه وما فيه من التزام إنما كان للرضا به ؛ لذلك كان الأول هو الإيجاب ؛ إذ هو عمدة الالتزام وعماده ، وكان الثانى قبولا ؛ لأنه رضا بما فى الأول من التزام وإلزام . وما تضمن القبول من الالتزام بالنسبة للعاقد الثانى ، إلا لرضاه بما تضمنه قول الأول من إلزام ، فمثلا إذا قال البائع فى إيجاب عقد بيع بعت

---

(١) المراد من الركن ماتتكون منه حقيقة العقد ، ولا تثبت ماهيته ثبوتاً حسياً إلا به .

هذه العين بمائة ، فمعنى ذلك أنه يرضى بخروج العين من ملكه فى نظير مائة ؛ فإيجابه تضمن التزاماً بخروج العين من ملكيته ، وإلزاماً المشترى بمائة . فإذا صدر القبول من المشترى فمعنى ذلك قبول الالتزام ، والرضا بدفع المائة ، وهو الإلزام الذى تضمنه الإيجاب .

ومن البداهة أنه لابد أن يتوافق الإيجاب والقبول لأجل أن يتكون العقد من مجموعهما ، لأنهما ما كانا ركناً للعقد إلا لدلالتهما على توافق الارادتين ، وتلاقى الرغبتين ؛ فإذا كان القبول مخالفاً للإيجاب بأن ورد الإيجاب على موضوع والقبول على غيره ، أو ورد الإيجاب مقيداً بوصف ، والقبول جاء مقيداً بوصف آخر ، كأن يوجب العاقد عقد زواج بإيجاب فيه مقدار من المهر ؛ ويصدر عنها القبول بمهر آخر ، ففى هـذه الحالة لم يتلاق الإيجاب والقبول ولم يتوافقا ؛ فلا يوجد العقد ؛ لأن توافق الإيجاب مع القبول هو حقيقة العقد ، ولم يوجد هذا التوافق .

بيد أنه إذا كانت مخالفة القبول للإيجاب إلى ما هو فى مصلحة الموجب ، فإن العقد ينعقد مع هذه المخالفة ؛ لأنها مخالفة فى الظاهر ، وتوافق فى الحقيقة والواقع ، فإذا قالت المخطوبة تزوجتك على مهر قدره مائة ، فقال الزوج قبلت على مهر قدره مائة وخمسون ، ففى هـذه الحال تكون مخالفة القبول للإيجاب مخالفة فى مصلحة الموجب ، وهو الزوجة ، فينعقد النكاح مع هذه المخالفة ، وذلك لأن من ترضى الزواج بمائة مهراً ترضى بالأولى بمائة وخمسين ، وليس التوافق بين الإيجاب والقبول بلازم لتكوين العقد إلا للدلالة على تلاقى الرغبتين ، وتوافر الرضا بالعقد من الجانبين ، ولا شك أن هذا النوع من المخالفة يدل على الرضا من الجانبين دلالة أبلغ من التوافق فى المعنى والحقيقة ، إذ القابل برضاه بمهر أكبر مما أوجبت قد دل على رضاه بعقد الزواج بأبلغ وأمكن مما لو ذكر توافق الإيجاب مع القبول ، ولكن لا يجب عليه من

المهر إلا مائة، والخمسون لا تثبت إلا إذا صدر عنها ما يدل على رضاها بهذه الزيادة ، وقبولها لها ؛ لأن شيئاً لا يدخل فى ملك الشخص جبراً عنه .

١٠٤ — ولقد اشترط الفقهاء، لكى يكون القبول متلاقياً مع الإيجاب مبنياً عليه ثلاثة شروط : أولها أن يكونا فى مجلس واحد ، وثانيها ألا يصدر من العاقد الثانى ما يدل على إعراضه بأن يفصل بينهما بكلام أجنبى لا صلة تربطه بموضوع العقد ، وثالثها ألا يرجع الموجب فى إيجابه قبل قبول القابل .

وإنما اشترط الشرطان الثانى والثالث، لأن الفصل بكلام أجنبى إعراض عن الإيجاب ورفض له ، فيعتبر كأن لم يكن ، فإذا جاء قبول بعد ذلك ، فقد جاء على غير إيجاب ، وقام على غير عماد . وإذا رجع الموجب فى إيجابه قبل قبول العاقد ، فقد سحب الإيجاب ، وصار كأن لم يكن ، فيعتبر القبول بعد ذلك وارداً أيضاً على غير الإيجاب يبنى عليه . وللموجب أن يرجع عن إيجابه مادام لم يقيد بالقبول ؛ لأن الالتزام لا يتحقق إلا إذا وجد العقد، ولا يوجد العقد إلا إذا تم توافق الإيجاب مع القبول ، فما لم يوجد قبول لا يوجد عقد ، فلا يكون التزام ، ولذا يكون للموجب أن يرجع فى إيجابه قبل القبول ، إذ لم يوجد بعد التزام يمنعه من الرجوع .

أما اشتراط المجلس الواحد للإيجاب والقبول ، فلأن الإيجاب لا يكون جزءاً من العقد إلا إذا التحق به قبول ، وكان مقتضى هذا أن يتم القبول فور الإيجاب ؛ ليكونا متلاقيين من غير تراخ بينهما ، إذ كل تراخ من شأنه أن يلغى الإيجاب ، ولذا قال الشافعى إن القبول يجب أن يكون فور الإيجاب . ولكن الحنفية لاحظوا أنه إن اشترطت فورية القبول للإيجاب كان فى ذلك تضييق على القابل ، أو تفويت للصفقة من غير مصلحة راجحة ، لأن القابل قد يكون مفاجأ بهذا الإيجاب ، فإما أن يرفض فوراً ، فتفوت الصفقة ،

وإما أن يقبل فوراً ، وربما كان فى العقد ضرر له ؛ لذلك كان من المستحسن أن يكون عنده وقت للتروية والتفكير ، والموازنة بين ما يغرم فى سبيل العقد وما يغنم منه ، فيوازن بين ما يناله من فائدة فيه، وما يشبعه العقد من رغبة له، وبين مايذر وما يتركه فى سبيله؛ لذلك استحسن أكثر الفقهاء أن يمتد الوقت لدى القابل إلى آخر المجلس ، ليكون لديه فسحة من الوقت ليستطيع أن يوازن ويقايس ، ويردد الأمر على كل وجوهه ، وإن قبل بعد ذلك صار العقد فى عنقه لا يستطيع عنه تحولا ولا فكاكا ، ولا يصح أن يمتد وقت تخيير القابل إلى ما بعد المجلس ؛ لأن من مصلحة الموجب أن يعرف قبل أن ينفض المجلس مآل إيجابه أإلى قبول، فيتقيد بالعقد ويرتبط به ، أم إلى رفض، فيكون على بينة من أمره ، فإن مددنا حق القابل إلى ما بعد المجلس كان فى ذلك ضرر بين بالموجب ، فكان من مصلحة الطرفين أن يكون المجلس الواحد هو الذى يحد زمان تكوين العقد ، فإذا تفرق المجلس اعتبر الإيجاب كأن لم يكن [١] ، ولتكوين العقد من جديد لابد من إيجاب جديد .

خيار المجلس

١٠٥ — خيار المجلس معناه أن يكون لكل واحد من العاقدين الفسخ ما دام العاقدان لم يتفرقا بالأبدان ، فحق الفسخ ثابت لكلا العاقدين مادام المجلس قائماً لم ينفض فإذا تفرقت المجالس وتباعدت الأبدان سقط حق الفسخ بهذا السبب ، وذلك الحق موضع خلاف بين الأئمة فى ثبوته ، فالشافعى وأحمد بن حنبل قد أثبتا خيار المجلس ، وجعلا لكل واحد من

---

(١) اشتراط اتحاد المجلس فى التصرفات التى لاتتم إلا بإيجاب وقبول عام فى كل هذه التصرفات ، ولكن استثنى منها الوصية بأنه لا تشترط لانعقادها القبول فى المجلس ، بل الشرط عدم الرد بعد الموت ، ولا عبرة بالقبول أو الرد فى حالة الحياة .

العاقدين الحق في الفسخ مادام المجلس قائماً ، فإذا تفرق المجلس لم يثبت ، غير أنهما لم يثبتا ذلك الخيار في كل العقود ، بل في بعضها فقط ، وذلك أن العقود تنقسم إلى ثلاثة أقسام : القسم الأول عقود غير لازمة من الجانبين كالعارية ، والوديعة ، والوكالة ؛ أو لازمة من جانب غير لازمة من جانب آخر ، كالرهن والكفالة ، وهذه لا يدخلها خيار المجلس ، لأن فسخها جائز من كل الوجوه . أو في الجملة من غير حاجة إلى خيار مجلس أو غيره .

والقسم الثاني عقود لازمة غير قابلة للفسخ من الجانبين أو من جانب واحد كالنكاح والخلع ، وهذه أيضاً لا يدخلها خيار المجلس ، لأن آثارها لا تنفصل عن أسبابها ، فبمجرد تمام العقد تترتب آثاره ، ولا يمكن تأخيرها ، إذ بمجرد تمام عقد النكاح تترتب كل آثاره ، ولا يوجد من الأسباب ما يجعل آثار العقد وأحكامه متأخرة عن سببه ، وهذه العقود لا تتم عادة إلا بعد إعمال الفكر والروية ، فلا حاجة إلى خيار المجلس ، ولأن عقد النكاح وما يشبهه موضوعه المرأة وهي آدمي حر ، فإذا تم العقد بشأنها ، كان من هوانها وابتذالها أن يجاز فسخه فور عقده ، لهذا كله كان خيار المجلس غير ثابت أيضاً في هذا النوع من العقود باتفاق الفقهاء .

والقسم الثالث العقود اللازمة القابلة للفسخ ، وهذا القسم يشمل كل عقود المعاوضات اللازمة كالبيع بكل أنواعه ، والإجارات ، وصلح المعاوضة ، فهذه كلها يثبت فيها خيار المجلس[1] عند الشافعي ، وأحمد بن حنبل ، وذلك للتروية في شأنها ، وليكون الرضا بها كاملا ، ولذا يعتبر خيار المجلس لتمام

---

(١) قد أخذنا هذا التقسيم من أحكام القرآن للجصاص الجزء الثاني عند تفسير قوله تعالى « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة » ومن أحكام القرآن للقرطبي في الجزء الخامس في تفسير الآية السابقة ، ومن تفسير الفخر الرازي لهذه الآية الجزء الثالث ، ومن المجموع على المهذب الجزء التاسع .

الرضا ، وتقريره وتثبيته ، والشافعي منطقي في مذهبه ، لأنه وقد اشترط أن يكون القبول فور الإيجاب ، ولا يصح أن يكون بينهما تراخ زمني جعل زمن التروية للعاقدين ، الموجب والقابل معاً ممتداً إلى آخر المجلس فجعل لكل واحد منهما الحق في فسخ العقد اللازم القابل للفسخ ، إلى أن تتفرق المجالس .

أما أبو حنيفة وأصحابه ومالك رضي الله عنهم فقد منعوا خيار المجلس في كل العقود سواء أكانت لازمة ، أم غير لازمة .

١٠٦ — وقد استدل الشافعي وابن حنبل في اثباتهما خيار المجلس بما يأتي :

(ا) ماورد من الآثار الصحيحة التي وافق على صحة سندها ، وصدق روايتها المثبتون لخيار المجلس والنافون ، فقد ورد أن النبي ﷺ قال: « البيعان بالخيار مالم يتفرقا » وروى أن ابن عمر كان إذا بايع أحداً ، وأحب أن ينفذ البيع ويلزم مشى قليلا ثم رجع ، وذلك ليتم التفرق الذي جعل حداً لخيار المجلس ينتهي عنده ، ولا يمكن أن يفسر الحديث إلا بأن العقد بعد تمامه يستمر غير لازم مادام العاقدان في مجلس العقد لم يزايلاه ، فإذا زايله أحدهما فقد تفرقت المجالس فلا خيار ، ولا يصح أن تفسر كلمة (البيعان) إلا بالعاقدين اللذين تم بينهما الإيجاب والقبول ؛ لأن الكلمة لا تحتمل سوى ذلك ، ولا تدل على غيره ، فلا تفسر بالمتساومين قبل أن يرتبط كلاهما بكلامه لهذا ولأن راوي الحديث ، وهو ابن عمر قد فهم أن المراد خيار المجلس ، وفهم عدم لزوم العقد قبل التفرق ، ولذا كان إذا بايع ، وأراد أن يكون البيع نافذاً لازماً سار خطوات ، وراوي الحديث إذا كان من أهل الاجتهاد والفقه يكون تفسيره له حجة مانعة من الاحتمال، وقاطعة للترديد ، فلا يفسر الحديث بما سواه ، ولأننا إن فسرنا كلمة « البيعان » بأن المراد منها (المتساومان) ما كان الحديث معنى جديد ، لأن المعروف بالبداهة والفقه والرأي ، أن

من يساوم فى شراء شىء أو بيعه هو بالخيار لا يوجد بعد ما يلزمه ، ويمنع تخييره ، وتفسير الحديث بما لا ثمرة له وهو بعيد الاحتمال والارادة — غير مقبول ، لأن صاحب هذا الكلام منزه عن لغو القول ، وسقطه الذى لا مرمى له .

وإذا كانت الآثار واردة بثبوت خيار المجلس فى البيع ، فهى تثبته فى كل عقد فيه معنى البيع ، والعقود التى فى معنى البيع ، وتتفق مع البيع فى العلة التى شرع من أجلها خيار المجلس — وهى التروى — هى عقود المعاوضات والعقود اللازمة التى تقبل الفسخ ، وتفصل أحكامها عن أسبابها .

(ب) إن عقود المعاوضات قوامها التراضى ، والرضا أساسه الاختيار الصحيح ، والموازنة بين منافع العقد ومغارمه ، وهى عقود إذا أبرمت واستقرت ، لزمت ، لذلك كان لابد أن يكون لدى العاقد فسحة من الوقت للتفكير والتروية والتدبر ، فكانت هذه الفسحة هى مجلس العقد ، ففيه تمكين للعاقد من أن يتروى ، ويتفكر ويتدبر ، قبل الإيجاب والقبول وبعدهما ، ليكون على بينة من أمره ؛ هذا والعرف قديماً وحديثاً ، على أن مجلس العقد فى عقود المعاوضات يعتبر مجلس مساومة وأخذ ورد ، ولا يعتبر العقد قد استقر وثبت وتأكد ، إلا إذا تفرق العاقدان مصرين على ما عقدا ، فليست العقود كلمات تلقى ، فتسجل على قائلها ، ويقتنص بها ، ولكنها إرادات ثابتة جازمة متوافقة ، فكل ما يدل على الإصرار مطلوب ، وكل ما يدل على التردد يجب أن يزال ، وقد جعلت الآثار وعرف الناس تفرق المجالس دليلا على عزم عقدة التصرفات المالية (١) ، وعلى انتهاء التردد المانع للزوم ، فكان العاقدان بالخيار ما لم يتفرقا .

---

(١) راجع فى هذه الأدلة المجموع على المهذب الجزء التاسع ، وأحكام القرآن للقرطبى الجزء الخامس ، والمغنى والشرح الكبير ، الجزء الرابع .

١٠٧ — وقد استدل لمالك وأبي حنيفة وأصحابه بما يأتي :

(ا) ورود الآثار الكثيرة بوجوب الوفاء بالعقود ، ولا شك أن وجود العقد يتحقق بوجود العبارات المكونة له ، المثبتة لماهيته ، وهى العبارات الدالة على الإيجاب والقبول ، وقد جاءت بوجوب الوفاء بالعقود النصوص المحكمة القاطعة فى ثبوتها وفى دلالتها ، مثل قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » فبتحقق العقد يجب الوفاء، وليس وجوب الوفاء إلا ثبوت الالتزام الذى أوجبه العقد ، وشرعية خيار المجلس ، وعدم ثبوت الالتزام إلا بتفرق المجالس يفيد بمقتضاه عدم لزوم الوفاء بمجرد العقد ، وفى ذلك مناقضة لنص القرآن الذى أوجب الوفاء لمجرد العقد ، ولاشك أن الحديث غير المتواتر مهما يكن صحيحاً فى سنده ، واضحاً فى معناه ، لا يصل إلى مرتبة مناقضة القرآن الكريم ؛ فيجب الأخذ بالقرآن ، ورد الحديث أو تأويله بما يتفق مع ما يدل عليه القرآن الكريم .

(ب) أن أساس عقود المعاوضات المالية الرضا ، فالرضا هو مناط الأحكام التى تثبتها هذه العقود ؛ ولذلك يقول الله تعالى فى شأن عقود المعاوضات : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .

ولاشك أن التجارة تشمل كل عقود المعاوضات ، فكل عقود المعاوضات أساس ثبوت آثارها ، وما رتبه الشارع لها من أحكام التراضى بين العاقدين ؛ وإذا كان التراضى بين العاقدين هو أساس الالتزام ، فبتحقق رضا طرفى العقد يثبت الالتزام من غير حاجة إلى الانتظار إلى آخر المجلس ، وإن شرعية خيار المجلس ، وتأخير ثبوت الالتزام إلى نهاية المجلس اهمال لمعنى الرضا الذى دل عليه وجود الإيجاب والقبول من عاقلين مختارين حرى الارادة ، وقد ثبت

وتحقق واستقر ، وكان له كل آثاره ، وكأن الحكم ببقاء الخيار إلى آخر المجلس ، وعدم ثبوت أحكام العقد إلا بعد الافتراق دليل على أن هذا الرضا لا يكفي لإنشاء العقد ، بل لا بد معه من الافتراق ، أو كأن دلالته على الالتزام مشروطة بالتفرق .

وقد يكون ذلك الكلام مستقيما ، لولا أنه كان من الذين يرون خيار المجلس ما يناقضه ، وذلك لأنهم قالوا إن أحد العاقدين لو قال للآخر بعد تمام الإيجاب والقبول اختر الآن ، فاختار في الوقت نفسه يبطل خيار المجلس ، وتثبت كل أحكام العقد من غير حاجة إلى التريث ، حتى نهاية المجلس ، فدل هذا على أن الرضا الأول كان كافياً وحده لإثبات الالتزام ، فتأخيره عنه فصل بين متلازمين وهي الرضا والالتزام الناشيء عنه ، وذلك لا يجوز .

وأيضاً فإن تفرق المجالس لم يعهد سبباً من أسباب الالتزام ، بل عهد فكا لعقدة الكلام ، وإبطالا للالتزام ، كالتفرق قبل القبول ، وإذا كان كذلك فلا يمكن أن تعد الفرقة سبب الالتزام ، بل السبب هو الرضا الأول .

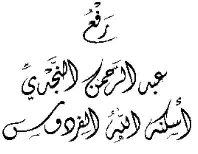
(ج) وقد استدل الحنفية والمالكية لإبطال خيار المجلس أيضاً بقياس عقود المعاوضات على عقود الأنكحة ونحوها ، وهي العقود التي اتفق الجميع على عدم اثبات خيار المجلس فيها ، وقالوا : إنه لا فرق بين النكاح والمعاوضات في كون كل منهما ينعقد بالإيجاب والقبول ، وفي أن الرضا الذي دلت عليه عبارتا الإيجاب والقبول ، هو مناط الالتزام في كلا النوعين من العقود ، فلا يصح التفرقة بينهما بجعل الرضا في أحدهما لا يوجب الالتزام إلا بتفرق المجالس ، وعدم اشتراط ذلك في الثاني ، وإن هذا التفريق من غير مقتض يقتضيه ، ولا داع يدعو إليه .

ولا يقال : إن النكاح يفكر فيه قبله ، والمعاوضات لا يجرى فيها التفكير من قبل ؛ لأن المعاوضات ذات الشأن الخطر يتروى فيها قبل العقد ، وما لا يتروى فيه قبل العقد لا يكون ذا شأن وخطر ، والمعقول أن يكتفى فى دلالة الرضا به على مجرد الإيجاب والقبول[1] .

هـذه أدلة طرفى النزاع فى إثبات خيار المجلس ، وعدم إثباته ، ومن سياقها يتبين أن لكل وجهة هو موليها ، ولا شك أن الاحتياط والعرف يجعلان الالتزام لا يتم إلا بتفرق المجالس ، وذلك أحرى بالقبول فى نظرنا .

---

(١) راجع فى هـذه الأدلة فتح القدير فى أول البيوع ، وأحكام القرآن للجصاص فى تفسير قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .



الإرادة المنفردة ، وإنشاؤها للالتزام

١٠٨ — مما تقدم يتبين أن العقد بمعناه العام قد ينعقد من غير أن يحتاج إلى ركنين إيجاب وقبول ، وقد يحتاج لانعقاده إلى توافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول . أما بالمعنى الخاص فإنه لا ينعقد إلا بتوافق إرادتين ؛ وعلى ذلك نستطيع أن نقول أن العقد على التعريف الخاص لا يتكون بإرادة منفردة ، بل لا بد فيه من إرادتين ، أما بالمعنى العام فقد يتكون بإرداة منفردة .

ومهما يكن من أمر الاختلاف في معنى العقد بين العموم والخصوص ، فمن المقرر بلا خلاف أن التصرفات الشرعية التي ينشأ عنها التزام للشخص قد تنشأ بإرادة منفردة ، وقد تنشأ بتوافق إرادتين ، وعندئذ نجد الشريعة الإسلامية تتلاقى مع النظرية القانونية التي تقرر جواز إنشاء الالتزام بإرادة منفردة ، ولا تتفق مع النظرية التي تقصر سبب الالتزام على مايكون بتوافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول .

١٠٩ — ومن أجل أن يستبين مقدار العلاقة الرابطة بين الشريعة وإحدى النظريتين ، وتباينها عن الأخرى يجب أن نقبس قبسة مما كتبه القانونيون ، لنجلي النظريتين مع الإيجاز الشديد ، وللاطناب أهله ومواضعه من الكتب القانونية :

يختلف الفقه الألماني عن الفقه الفرنسي في كون الإرادة المنفردة منشئة للالتزام ، فالفقه الألماني يجعلها سبباً للالتزام ، والفقه الفرنسي يقصر السببية الإرادية على العقد ؛ ثم لا يقتصر الأول على جعل الإرادة المنفردة من أسباب الالتزام ، بل يقرر هذا ، ويزيد أنها مناط الالتزام في العقد الذي يتكون بتوافق إرادتين ، فيقول أن إحدى الإرادتين هي التي تنفرد بإنشاء الالتزام ؛

فإرادة المدين هى التى أنشأت الالتزام وإرادة الدائن ما اشتركت فى الإنشاء ، ولكنها انضمت إلى الإرادة الأولى ليثبت الحق للدائن ، فكأن العقد الذى يتم بإرادتين يتم فيه عملان :

أحدهما : إنشاء الالتزام ، وقد استبدت به إرادة المدين منفردة .

والثانى : إثبات الحق للدائن ، وذلك يتم بإرادة الدائن ؛ لأن من المقرر أن حقاً لا يثبت لشخص جبراً عنه .

ويستدلون لإثبات كون الارادة المنفردة سبباً للالتزام (١) بأن الإيجاب والقبول لا يكونان فى وقت واحد ، بل يكونان فى زمانين ، فلابد لكى نسلم أن الارادتين أنشأتا الالتزام متصاحبتين أن نفرض أن الموجب أصر على إيجابه إلى أن لحقه قبول القابل ؛ مع أنه لم يقم دليل على إصرار الموجب حتى وقت القبول ، والحكم بإصراره فرض وتقدير [1] ، وليس بجزم ويقين .

ولا يصح أن يحكم بالوجود مع عدم اليقين ، وإذا لم يقم دليل على بقاء الموجب مصراً على إيجابه حتى تم القبول ، فلم يبق إلا أن نقول إن الإيجاب وحده هو السبب المنشىء للالتزام ولو لم يصر عليه صاحبه ؛ لأن الالتزام وجد بلا ريب ، ولم يصلح توافق الإرادتين سبباً له لاحتمال عدم الإصرار على الإيجاب قبل اتصال القبول به ، فلم يبق إلا أن يكون الإيجاب وحده سبباً ، وإلا كان الالتزام موجوداً من غير أن يكون سبب منشىء له ، وذلك لا تسلمه البداهة ولا القانون .

---

(١) أو هو على حد تعبير علماء الأصول استصحاب للحال ، وذلك ليس حجة على البقاء عند أكثر الأصوليين .

(٢) ويستدلون أيضاً بأن الإرادة تلزم صاحبها إذا التزمت من غير حاجة إلى انضمام إرادة أخرى إليها؛ لأن الحرية لها تبعات، ومن تبعاتها الالتزام المبنى عليها، وإذا كانت الارادة الإنسانية قد تحررت فى أبواب الالتزام من كل القيود الشكلية، فلابد من أن نسير فى تلك الحرية إلى آخر مداها بأن نجعل لها إنشاء الالتزام منفردة، وليس التمسك بضرورة توافق الارادتين إلا أثارة من آثار الشكلية لا يصح التمسك بأهدابها؛ لأنها تحد من سلطان الارادة.

(٣) وفوق ذلك يجب أن نقرر أن التشدد فى جعل الالتزام مقصوراً على توافق الارادتين يمنع صحة ضروب من المعاملات يجب أن يفتح الباب لها، وأن يسعها القانون كمن يجعل على نفسه جعالة خاصة، ليكافىء من يقوم بعمل من غير تعيين لشخصه.

ويحتج الفقهاء الفرنسيون فى رد هذه النظرية قاصرين الالتزام الارادى على ما كان بتوافق ارادتين (١) بأن الالتزام علاقة ونسبة بين شخصين تقتضى طرفين يشتركان فى إنشائه ملتزماً وملتزما له، مديناً ودائناً، فلا يتحقق إلا بعنصرين وطرفين، وما دام قوامه الارادة؛ فلابد من تحقق الإرادتين، وتوافقهما على إنشائه (٢) وأيضاً إن سلمنا أن ارادة واحدة تنشئه مع أن ذلك لا يتفق مع طبيعته، فإن هذا التسليم سيؤدى حتما إلى أن الارادة الواحدة تحله؛ لأن ما يجعل علة للوجود يكون عدمه علة للعدم أيضاً، فإذا كانت الارادة المنفردة سبباً مستبداً بالإنشاء، فالعدول عنها يجب أن يكون سبباً لحل الالتزام مع أن أحداً لم يقل ذلك.

وما يدعيه أنصار الارادة المنفردة من احتمال رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول القابل، ثم اعتبار الارادتين غير متوافقتين بيقين — ادعاء لا يقوم على أساس صحيح؛ لأن العدول احتمال غير ناشىء عن دليل فلا عبرة به فى الاستدلال، بل إن كل الامارات والدلائل تناقض ذلك الاحتمال؛ لأن من

يكونان بصدد انشاء عقد يتساومان ويتفاوضان ، حتى تتلاقى ارادتهما ثم تصدر عنهما العبارات المنشئة للعقد قولا وكتابة : فالارادتان متلاقيتان بلا ريب ولا جدال (١) .

ومهما يكن من أمر هذا الاختلاف بين الفقهين الألمانى والفرنسى ، فقد أخذ أكثر القوانين الحديثة بمبدأ الارادة المنفردة على أنه مبدأ استثنائى لاقاعدة أصلية . ولقد أخذت به كثرة القوانين الحديثة فى أمور منها مبدأ تقيد الموجب بإيجابه بحيث لا يسوغ له الرجوع فيه مدة معينة لا يكون بعدها قبول غالباً ، ومنها الوعد بجائزة على عمل يقوم به شخص غير معين كمن يعد بمكافأة لمن يعثر له على شىء ضاع منه ، فإنه يكون مأخوذ بوعده وإن لم يعين الدائن ، ومنها المؤسسات التى تكون لمصلحة جهة اجتماعية عامة ، أو لطائفة معينة ، فإن المنشىء لها يلتزم بوجوده ، وإن لم يكن هناك دائن معين تتفق ارادته مع ارادة الملتزم(٢) .

هذه خلاصة نظرية الارادة المنفردة وانشائها للالتزام ، كما جاء بها الفقه الحديث ما بين آخذ بها ، ورافض لها .

١١٠ — والآن ننتقل إلى الشريعة لنتعرف أتقرها أم تنفيها ؟ أتذهب مذهب المغالين فى الأخذ بها ، أم تذهب مذهب المتشددين فى رفضها ؟ الحق أن الشريعة بشكل عام تعتبر الارادة المنفردة منشئة للالتزام فى كثير من الأحوال ولكنها لا تعتبر العقد الذى ينشأ بالإيجاب والقبول ، ولا يتم إلا بهما قد استبدت بإنشائه ارادة الموجب أو ارادة المدين ، وأن ارادة القابل أو الدائن لم تكن إلا ليثبت له الحق باختياره ، بل إن الشريعة بالنصوص الواردة فى مصادرها ، وبالعبارات الجارية على أقلام فقهائها فى كتبهم وفتاويهم وأقضيتهم

---

(١) ومصدرنا فى هذه الأدلة مطول الأستاذ الكبير الدكتور السنهورى بك فى نظرية العقد ، فليرجع إليه فى تتميم بحثها ص ١٨٤ وما يليها .

(٢) راجع كتاب نظرية العقد للدكتور السنهورى بك .

تنبيء كلها بأن العقد الذى لا يتم إلا بالإيجاب والقبول ، لا يستند بإيجاد مقتضاه الإيجاب فقط ، لأن العقد الذى يكون كذلك لا يكون إلا ربط الايجاب بالقبول ، فما لم يوجد ذلك الربط بينهما لا يوجد العقد ولا يوجد التزامه .

ويبنى على ذلك مايقرره الفقهاء قاطبة من أن الإيجاب غير ملزم للموجب مالم يكن قبول ؛ ولذلك يكون للموجب أن يرجع فى إيجابه متى شاء ما لم يكن قبول ، فليس ثمة فى الشريعة إيجاب ملزم يمتنع على الموجب أن يرجع فيه ، ويعدل عنه ، بل الملزم هو القبول مع الايجاب ، بل لقد علمت أن بعض الفقهاء احتاط لجعل الارادة من الطرفين جازمة قاطعة خالية من كل غرر ، حرة بعيدة عن كل انخداع قريب الوقوع ، فجعل لكلا المتعاقدين الحق فى العدول عن كلامه مادام مجلس العقد قائماً ، ولم يتفرقا ، لذلك نقرر أن الحالة التى يسميها الفقه الحديث الإيجاب الملزم حالة لا تقرها الشريعة [1] ، بل يؤخذ من عبارات فقهائها وقواعدهم ماينفيها ويناقضها كل المناقضة ، ولا ندرى بأى حق تقرر القوانين الحديثة أن يقيد أحد الطرفين ، حيث الثانى طليق لم يقيده شيء ؟ إن مبدأ المساواة بين العاقدين الذى تتمسك به الشريعة كل التمسك ينافى ذلك كل المنافاة .

والشريعة تعتبر الارادة منشئة للالتزام فى كل تصرف ينشأ عنه التزام ، ويتم من غير إيجاب وقبول متوافقين ، والتصرفات التى من هذا القبيل كثيرة فمنها :

(ا) الوقف : وهو يقابل المؤسسات فى القوانين الحديثة . وقد اتفق

---

(١) لا نعرف فى الشريعة إيجابا ملزما للموجب إلا تمليك الرجل لزوجته أمر نفسها ، فقد قالوا أنه إذا ملكها أمر نفسها كان لابد أن تقبل فى المجلس ، وإلا لم ينعقد التمليك ، ولكن ليس للزوج أن يرجع فى إيجابه ، لأن ذلك بالنسبة له طلاق معلق على قبولها أى إسقاط معلق ، والإسقاط المعلق ليس للشخص أن يرجع فيه .

الفقهاء على أن الوقف إذا كانت أولى طبقاته جهة لا ينحصر آحادها ، فهو ينعقد ، ويتم الالتزام الذى ينشأ بمقتضاه بمجرد صدور الصيغة الدالة على إنشائه ، ونرى من هذا أن الارادة المنفردة هى التى أنشأته ، وأوجبت كل ما طواه مقتضاه من التزام تنفيذاً لما شرعه الله من مقتضيات للوقف ، وآثار لهذا التصرف . أما إذا كانت أولى طبقاته أشخاصاً معينين ، كأن يقول الواقف مثلا وقفت على فلان وفلان أو على أولاد فلان : فالكثرة الغالبة من الفقهاء على أن الوقف ينعقد لازماً بمجرد صدوره، ولكن لا يثبت الحق للمستحق المعين إلا بقبوله ، وقد قالوا إنه يكتفى من القبول بعدم الرد ، فلا يشترط القبول الإيجابى بأن يقول قبلت ، بل يكتفى بالقبول السلبى الضمنى وهو ألا يرد . وذلك لكيلا يثبت حق لشخص من غير إرادته ، ولكيلا يدخل فى ملك الشخص شىء جبراً عنه ، فإن من المقرر فى الشريعة الإسلامية أنه لا يدخل شىء فى ملك شخص جبراً عنه بأى سبب سوى الميراث على ما نوهنا فى أسباب الملك العامة ؛ فيكون الوقف على معين ومن بعده على جهة بر لا تنقطع قد تضمن أمرين : (أحدهما) الالتزامات العامة الذى من مقتضاها تقييد الواقف بمنعه من التصرف فى العين والغلات على غير الجهات المنصوص عليها فى كتاب وقفه وبغير الأحوال الذى نص عليها الشارع ، وأجازها فى التصرفات فى الأحباس منافعها وأعيانها . و (ثانيهما) ثبوت الحق فى الغلات للمستحق المعين ، فأما الأول فيثبت بالارادة المنفردة ، وأما الثانى فلابد له من قبول من الشخص المعين ، وقد صرحت كتب الفقه الحنفى بأنه يكتفى بعدم الرد فى القبول (١) . وقد جاء فى الإسعاف مانصه : « قبول الموقوف عليه الوقف ليس بشرط إن وقع لأقوام غير معينين كالفقراء والمساكين ، وإن وقع لشخص بعينه ، وجعل آخره للفقراء يشترط قبوله ،

---

(١) راجع فى هذا بحث مشكلة الأوقاف المؤلف الذى نشر بمجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة العدد السابع ص ٧١٢ وما يليها .

فإن قبله كانت الغلة له ، وإن رده تكون للفقراء ، ويصير كأنه مات » اهـ .
وإذا قبل المستحق الاستحقاق ، فليس له أن يرد بعد ذلك ؛ لأن فى ذلك نقضاً لما تم من جهته ، ومن سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ، وإن رد فليس له أن يقبل لما ذكرنا ، ولأن الرد جعل لغيره ممن يليه ، أو لجهة البر حقاً ليس له أن ينقضه إذ رده تصرف قد ترتب عليه حق لازم لغيره ، فلا يصح أن يعتدى عليه بالرجوع فيه .

ومن كل هذا يتبين بجلاء أن التزامات الوقف من حيث وجودها وتقييد الواقف بها تنشأ بإرادة منفردة ، ولكن حق المستحق المعين فى الغلات لا يثبت إلا بقبوله ، وقد صرحت كتب الحنفية بأن القبول يكتفى فيه بعدم الرد .

(ب) الإبراء : فهو يتم من الدائن بغير حاجة إلى قبول المدين ، وقد ذكر الفقهاء من الفروق بينه وبين هبة الدين لمن عليه الدين أن هبة الدين تحتاج إلى قبول ، أما الإبراء من الدين فلا يحتاج إلى قبول ، ولكن مع أن الإبراء من الدين لا يحتاج إلى قبول فهو يرتد بالرد (١) . بمعنى أنه يكتفى فى رضا المدين ألا يرد ، وإنما اشترط عدم الرد ؛ لأن من ذوى المروءات من لا يقبلون من الدائنين ابراءهم . ومما يعتبر من الإبراء حط الزوجة المهر عن الزوج ، ونقص جزء منه ، فإنه يعتبر إبراء يرد بالرد ، ولا يحتاج إلى القبول ؛ إذ يكتفى فى الرضا فيه بعدم الرد .

هذا مذهب أبى حنيفة بالنسبة للإبراء . أما مذهب مالك ، ففيه خلاف فمن الفقهاء فيه من قال إن الإبراء لا يتم إلا بالقبول ، ومنهم من قال إنه يتم

---

(١) راجع كتاب الأشباه والنظائر الجزء الثانى ص ٤٢ ، ١٤٨ .
وقاعدة انعقاد الإبراء من غير حاجة إلى القبول الصريح قد استثنى منها مسائل منها الإبراء من المسلم فيه ؛ فإنه لابد فيه من القبول .

من غير قبول ؛ وذلك لأن بعضهم اعتبره إسقاطاً ، فقال إنه لا يحتاج إلى قبول ، ومنهم من قال إنه تمليك الدين للمدين ، فقال إنه يحتاج فى انعقاده إلى قبول المدين . وقد ذكر صاحب الفروق الرأيين فقال : « الإبراء من الدين أيفتقر إلى القبول ، فلا يبرأ المدين من الدين حتى يقبل ؟ أم يبرأ إذا أبرأه الدائن وإن لم يقبل ؟ خلاف بين العلماء ، فظاهر المذهب اشتراط القبول ، ومنشأ الخلاف هل الإبراء إسقاط ؟ والإسقاط لا يحتاج إلى القبول كالطلاق والعتاق ؛ فإنهما لا يفتقران إلى قبول المرأة ، والعبد ؛ ولذلك ينفذ الطلاق والعتق وإن كرهت المرأة والعبد ، أم هو تمليك لما فى ذمة المدين ، فيفتقر إلى القبول ، كما لو ملكه عيناً بالهبة ، أو غيرها ، فلابد من رضاه وقبوله ، وكذلك ههنا ، ويتأكد ذلك بأن المنة قد تعظم فى الإبراء ، وذوو المروءات والأنفة يضر ذلك بهم ، ولا سيما من السفلة ، فجعل صاحب الشرع لهم قبول ذلك أو رده نفياً للضرر الحاصل من المنن من غير أهلها . أو من غير حاجة إليها » .

وترى من هذا أن الفرق هين بين مذهب أبى حنيفة ، والراجح من مذهب مالك . فإن المذهبين اتفقا فى أن المدين له الحق فى دفع ضرر المن والأذى عن نفسه ، ولكن أبا حنيفة أعطاه حق رد الإبراء فيبطل ؛ وإن كان لا يحتاج فى أصل انعقاده إلى القبول ، والمرجح من مذهب مالك رضى الله عنه جعل الإبراء لا ينعقد إلا بالقبول ترجيحاً لجانب التمليك فيه ، ولدفع أذى المن وظهور الاحتياج (١) .

(ج) الكفالة : تنعقد بإرادة واحدة عند الإمام مالك رضى الله عنه ، ولذا تصح ولو كان المكفول له غير معين أو غائباً . وتنعقد ، ويجب الوفاء

---

(١) يلاحظ أنه فى القانون المدنى لا يتم الإبراء إلا باتفاق بين الدائن والمدين ، راجع ص ١٧٤ من نظرية العقد للدكتور السنهورى بك .

على الكفيل ، ولو كان القبول لازماً ما انعقدت إلا في حضرة المكفول له ، وللزم أن يكون معيناً معروفاً ، ولكن لا يلزم شيء من ذلك فدل هذا على أن القبول من المكفول له ليس بلازم لانعقاد الكفالة ، كما أن الإذن من المدين المكفول عنه ليس بلازم [١] أيضاً ، فالكفالة إذن عند مالك تنعقد بإرادة واحدة ، وهي إرادة الكفيل . وهذا هو أحد قولي الشافعي رضي الله عنه ، وهو قول أبي يوسف من أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنهم وعنه . أما قول أبي حنيفة ومحمد فالقبول لازم لانعقاد الكفالة ، ولكن أبا يوسف يرى أنه وإن كان القبول ليس بلازم لانعقاد العقد ، ترتد الكفالة برد المكفول له ، أما مالك فيستفاد من كتبه أن رد المكفول له لا يبطل الكفالة ؛ ولذا لو ذهب الكفيل وأدى الدين لزمه قبوله ، وليس له أن يرد الدين بحال من الأحوال [٢] .

وقد استدل المشترطون للقبول بأنه عقد كسائر العقود ، فلا يتم إلا بإيجاب وقبول ، ولأنه فيه معنى التمليك للمكفول له ؛ فلابد من قبوله ؛ لأنه لا يدخل شيء في ملك شخص جبراً عنه .

وقد استدل الذين قالوا إن القبول ليس بلازم (١) بأن رجالا تعهدوا بأداء دين على ميت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأقر تعهدهم ولم ينكره ، (٢) وبأن المريض إذا قال لورثته اضمنوا عني ما علي من ديون لغرمائي والغرماء غيب ، فضمنوه صح الضمان وألزموا به ، ولا فرق بين المريض والصحيح في هذا (٣) وبأن الكفالة ليست تمليكا في أصل انعقادها ، بل هي في معناها ، ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، فليست عقد تمليك ، فلا يلزم لها القبول .

---

(١) راجع الشرح الكبير الجزء الثالث ص ٣٠٣ وحاشيته .
(٢) راجع الكتاب المذكور .

هذا والمتتبع للتصرفات الشرعية المستقرى لها يجد فى ثناياها تصرفات كثيرة تتم وتلزم بإرادة واحدة منفردة ، فمثلا يجد المتتبع لأحكام الشفعة أن الفقهاء يقررون أن البائع لو حط عن المشترى بعض الثمن لزمه ذلك بالنسبة للشفيع ، وإن لم يصدر قبول لذلك الحط من الشفيع ، فكان ذلك تصرفاً يتم التزامه بعبارة واحدة ، تنبىء عن إرادة واحدة .

وهناك قاعدة عامة فى الشريعة أن كل تصرف هو فى أصله للإسقاط لا للنقل ، ينعقد بإرادة منفردة ، هى إرادة من يملك الإسقاط ، ولو ترتب على الإسقاط حقوق وواجبات ، فالطلاق يتم بإرادة واحدة ، وإن ترتب عليه حقوق المرأة ، منها وجوب مؤخر الصداق ، ووجوب العدة عليها ، وغير ذلك .

ومن هذا كله يتبين أن الارادة المنفردة لها مكانها فى الالتزامات الشرعية ، ولكن فى التصرفات التى لا تنعقد بإيجاب وقبول . أما ما ينعقد بالإيجاب والقبول . فالارادة المنفردة ليست هى مناط الالتزام فيه . والله الهادى إلى سواء السبيل ، وشرعة الحق .

الرضا

١١١ — ذكرنا أن أساس العقد هو إرادة العاقد المفهومة من عبارته وهذا إذا فسرنا العقد بالمعنى العام الذى يشمل كل تصرف شرعى ، أو هو توافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول إن قصرنا العقد على المعنى الخاص ، وهو الذى لا يتم إلا بالإيجاب والقبول . وعلى أية حال يكون أساس العقد الارادة ، وعقد النية . والارادة لها عنصران لا تتحقق بدونهما : أحدهما الاختيار ، وثانيهما الرضا .

والاختيار كما فهم من كتب الحنفية وفروعهم ، والأحكام التى يرتبونها ،

هو القصد إلى الفعل الذى يستطيعه الشخص ، سواء أكان ذلك الفعل قولا أم غير قول ، فالاختيار فى العقود القصد إلى النطق بالعبارات التى تنشأ بها ، ما دام فى استطاعته النطق بتلك العبارات ، قاصداً النطق بها ، متعمداً ذلك ، ويشمل ذلك القصد ثلاث أحوال (١) حال القصد إلى معانى العقود ، والرضا بأحكامها ، والرغبة فى آثارها ، (٢) وحال قصد النطق بالعبارات المنشئة للعقود غير قاصد لأحكامها بأن كان هازلا ؛ لأنه قد توافر القصد إلى النطق ، وبذلك يتحقق الاختيار ، (٣) كما يشمل أيضاً حال النطق بعبارات العقد تحت تأثير إكراه أو إرغام ، لأن القصد إلى فعل مستطاع ثابت مع الإرغام ، متحقق فيه وإن كان الرضا غير متحقق ، ولا ثابت .

هذا هو الاختيار ، كما يفهم من كتب أبى حنيفة وأصحابه ، فهو لا يتنافى مع الهزل ، ولا مع الإكراه . أما الرضا فهو الارتياح إلى العقد ، والرغبة فيه ، فهو لا يتحقق بمجرد القصد إلى العبارات المنشئة للعقد ، بل لا يتحقق إلا بالرغبة فيه ، بحيث يحس العاقد بأن مباشرته للعقد قد أشبعت حاجة فى نفسه ، وملأت رغبة من رغباتها . فالرضا إذن لا يقتضى مجرد قصد كالاختيار ، بل لا يتحقق إلا بقصد كامل يشيع فى جوانح النفس ، ويكون ملء الرغبة ، ولذا يقول صاحب كشف الأسرار : « الرضا امتلاء الاختيار أى بلوغه نهايته ، بحيث يفضى أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة فى الوجه ونحوها ، كما يفضى أثر الغضب إلى الظاهر من حمالیق العين والوجه بسبب غليان دم القلب »[١] . فالرضا إذن لا يتحقق مع الهزل ، ولا مع الخطأ ، ولا مع الإكراه .

وخلاصة القول أن مقتضى مذهب الحنفية أن الاختيار يتحقق مجرداً من الرضا ، وإن كان الرضا لا يمكن أن يتحقق من غير اختيار ؛ إذ الرضا

(١) كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام الجزء الرابع ص ١٥٠٢ .

اختيار كامل قد بلغ نهايته ، أو هو امتلاء الاختيار على حد تعبير صاحب كشف الأسرار .

أما ما يفهم من أحكام مذهب الشافعي وغيره من المذاهب في معنى الاختيار فغير ما يفهم من فروع الحنفية ؛ إذ الاختيار عند الشافعي هو القصد إلى العبارات المنشئة للعقود بحيث تكون تلك العبارات ترجمة عما في النفس ، ودليلا على رغباتها وغاياتها ، فإذا لم تتوافر في العبارات تلك الدلالة لم يكن ثمة اختيار ، لأن العبارات حينئذ لا تدل على القصد النفسي ، فلا يكون اختيار في مجرد قصد النطق ، وعلى ذلك لا يتحقق الاختيار مع الهزل ، كما لا يتحقق مع الإكراه والنسيان والخطأ لأن العبارات التي قصد النطق بها في كل هذه الأحوال لا تدل على قصد نفسي ، وليست ترجماناً على ما يخالج النفس من رغبات ؛ فالهازل قامت القرائن على أنه ما تكلم بعبارات العقود قاصداً معانيها وآثارها ، فتجردت العبارات من الدلالات على الرغبة الكامنة ، والمكره ما كانت عبارته دالة على قصد إلى العقد ، ولكنها تدل على قصد إلى دفع الأذى ، ومنع الضر ، واتقاء الشر ، وليس ذلك من قصد النفس إلى العقد ورغبتها فيه في شيء[1] .

ومن هذا يفهم بلا ريب أن الاختيار والرضا متلازمان عند الشافعي وغيره ما عدا الحنفية ، فلا يتحقق اختيار مجرد عن رضا ، كما أن الرضا لا يتحقق من غير اختيار .

١١٣ — ولنعد ثانية إلى تكميل بيان مذهب أبي حنيفة وأصحابه في الاختيار : وقد بينا أن مذهب الحنفية لا ينظر في تكوين الاختيار إلا إلى القصد المجرد ، من غير نظر إلى الرضا والارتياح ، والعبرة في ذلك القصد

---

(١) الكتاب السابق ص ١٠٠٥ .

عندهم هى فى القصد إلى مباشرة السبب وهو الألفاظ الدالة على العقود من غير نظر إلى القصد لأحكامها ، ولذلك يقال إن الهازل مختار للعقد ، وإن كان قد نادى جهاراً من قبل أو من بعد أنه ما قصد ولا يقصد إلى الأحكام ولا يريدها ولا يبتغيها ، ولا يرمى إليها ، ولا اعتبار لها فى نظره ؛ لأن الاعتبار فى تكون الاختيار فى القصد المجرد إلى النطق بالعبارات المنشئة للعقد من غير نظر إلى ما سواها ، ولا تفكير فى غيرها .

والعماد الأول لتكوين العقود فى مذهب الحنفية إنما هو الاختيار ، أما العنصر الثانى وهو الرضا ، فليس بلازم لانعقاد العقود ، ولكنه لازم لصحة(١) أكثرها ، ، وعلى ذلك نقول إنه إذا وجد الاختيار مع استيفاء بقية ما يجب توافره لانعقاد العقد فقد وجد العقد ، وإن لم يكن رضا وارتياح نفسى ، وقصد إلى الأحكام والآثار ، لأنه لا يلزم لانعقاد العقد الرضا ، بل هو شرط لصحة العقد بمعنى ترتيب آثاره الشرعية عليه ، وإقرار الشارع له ؛ ولا يلزم من وجود العقد صحته ، وترتب آثاره بمجرد تكونه ، بل قد يوجد ويكون فاسداً ، وعلى ذلك نقول : إنه إذا كان أحد العاقدين فى بيع أو إجارة أو نحوهما مكرهاً على العقد غير راض به ينعقد عقده ، ويكون فاسداً ؛ لأن العماد الأول ، وهو الاختيار قد وجد بالقصد إلى مباشرة السبب ، فينعقد العقد ؛ ولكن لم يتوافر شرط من شروط الصحة ، وهو الرضا والارتياح ، فيكون العقد فاسداً ، وكذلك إذا باع أو اشترى أو آجر مثلا ، وكان هازلا عند مباشرة العقد ، وصدرت عنه عبارات تدل على ذلك ، فى هذه الحال ينعقد العقد ، ولكن لأن الرضا ، وهو الارتياح والرغبة فى أحكام العقد غير متوافر — لم يصح العقد ، بل يكون فاسداً ، ما دام مصراً على الهزل ، ولم يعدل عنه ، فإن عدل عنه انقلب العقد صحيحاً ، لأن الفساد كان بسبب عدم الرضا والرغبة ، لوجود الهزل ، وقد زال بالإعراض عنه ، والرغبة فى أحكام العقد ؛ ومن

---

(١) إذا لم يتوافر ما يجب توافره لانعقاد العقد يكون باطلا ؛ وإذا توافرت أركان الانعقاد ، ولم يتوافر ما يجب توافره للصحة كان العقد فاسداً ، وهذه التفرقة بين الانعقاد والصحة ، وبين الباطل والفاسد خاصة بالحنفية ، و نبين ذلك تمام البيان فى موضعه من بحثنا .

المقرر عند الحنفية أنه إذا فسد العقد لسبب من الأسباب التى تتعلق بالرضا يزول الفساد بزوال ذلك السبب ، ولأن العقد مع الهزل بمنزلة العقد مع خيار شرط لم تبين مدته[1] .

١١٣ — ومما تقدم نرى أن الحنفية ينظرون فى تكوين العقود إلى صورها ، ومظاهرها الحسية ، من غير اتجاه إلى النيات ، والرغبات المستكنة التى تدفع إلى العقود ، والغايات التى يرمى إليها العاقدون ، فإذا وجدت العبارات الحسية فقد وجد العقد .

أما الآثار فتلزم إن وجد رضا ، وإن لم يوجد رضا فبعض العقود يكون فاسداً ، لا تترتب آثاره عليه ، ولا يقر الشارع العاقدين على وجوده ، بل يوجب فسخه وزواله أو الرضا به ، وبعض العقود ينعقد وتلزم آثاره ، وتتحقق بمجرد الوجود الحسى بالقصد إلى العبارة المنشئة للعقد ، والنطق بها ولنبين بإيجاز كلا النوعين من العقود والتصرفات :

التصرفات تنقسم إلى قسمين :

(أحدهما) يقبل النقض كعقود المبادلات المالية ، والعقود التى تكون الأموال مقصودة بالذات فيها ، فهذه تنعقد لازمة إن كان من شأنها اللزوم ، ولكنها تقبل الفسخ برضا العاقدين أو بشرط يجيزه كخيار الشرط ، وهذه تنعقد بوجود الاختيار ، ولكن لا تكون صحيحة إلا إذا وجد الرضا ، فهى لا تكون صحيحة مع الإكراه ، ولا مع الهزل ؛ لأن الإكراه والهزل يعدمان الرضا ، ويمحوانه ، فلا يصح معهما هذا النوع من العقود ، لأن

(١) خيار الشرط هو أن يشترط أحد العاقدين أن يكون له حق الفسخ مدة معلومة ، وإذا اشترطه أحد العاقدين لا تلزمه آثار العقد فى مدة الخيار .

الرضا لازم لصحتها ، وإن لم يكن لازماً لانعقادها ، فإذا صحب هذه العقود إكراه أو هزل فهى منعقدة فاسدة ، حتى يزول الإكراه ويوجد رضا ، أو يعدل الهازل عن هزله ، ويصر على العقد ، ويرضى به ؛ لأن سبب الفساد هو عدم الرضا ، وقد زال بوجوده ، فيزول معه الفساد .

(ثانيهما) تصرفات لا تقبل النقض فى الجملة إن وجدت كالنكاح والطلاق والعتاق ، فإن هذه التصرفات إن انعقدت تكون لازمة ، ولا تقبل النقض فى أصل شرعتها ، وإن كانت هناك أحوال استثنائية يفسخ بعضها فيها .

وهذه التصرفات التى لا تقبل النقض تظهر آثارها بمجرد انعقادها ، وتوجد أحكامها بمجرد وجود العبارات المنشئة لها ، ولذلك يعبر الفقهاء عنها بأنها لا تتراخى أحكامها عن أسبابها .

ولأن هذه التصرفات لا تقبل النقض ، ولا يعروها الفسخ فى أصل شرعتها ، ولأن أحكامها توجد بمجرد وجود العبارات المنشئة لها .

قال الحنفية إنها تنعقد صحيحة ، ولو لم يتوافر فيها الرضا ؛ فالهزل والإكراه لا يؤثران فى صحة النكاح ، بل ينعقد النكاح صحيحاً مع الإكراه والهزل ، لأن الرضا ليس بشرط لصحته ، ولأن أحكامه لا تنفصل عن وجود سببه ، وسببه يتحقق بالقصد إلى العبارات المنشئة له مع سائر ما يشترط لانعقاده ، والقصد إلى العبارات المنشئة له هو الاختيار المطلوب ، وهو يكون مع الإكراه ، فينعقد النكاح معه ، وإذا انعقد ظهرت أحكامه بمجرد انعقاده ، فلا يؤثر فيه عدم الرضا .

ولا شك أن هذا التقسيم الذى يجعل بعض العقود يلزم فيه الرضا ، وبعضه لا يلزم فيه إنما هو عند الحنفية أما عند الشافعية ومن سلك مسلكهم ، وهو أحرى بالاتباع ، فالرضا ملازم للاختيار لا يتحقق أحدهما من غير

الآخر، وكلاهما لازم لانعقاد العقود كلها: سواء فى ذلك ما يقبل النقض، ولا يتصل حكمه بسببه، وما لا يقبل النقض، ولا يتراخى حكمه عن سببه، فالنكاح وأخواته لا تنعقد مع الإكراه عند غير الحنفية، لأن الاختيار اللازم لصحة العبارات المنشئة للعقد لا يتحقق إلا مع الرضا، ولا شك أن الإكراه يعدمه [1].

١١٤ — وما دمنا نتكلم عن الرضا فى العقود، وأثره، وأحكام العقود إن فقدته وجب أن نشير إلى موضوع يتكلم فيه الفقه الحديث فى العقود وأقسامها، وهو العقود الرضائية، والعقود الشكلية:

لقد كانت العقود فى أوروبا قبل القرن الثالث عشر الميلادى شكلية فى جملتها، بمعنى أن العقد لا يعتمد فى وجوده على إرادة العاقدين ورضاهما، ولا تعتبر العلة المنشئة للعقد تراضى طرفيه على ما فيه من إلزام والتزام، بل عماد وجود العقد رسوم وأشكال يلزم القانون بها؛ ليكون للعقد قوة الإلزام؛ ولينشأ به الالتزام، فإذا وجدت تلك الرسوم وهذه الأشكال، فقد وجد العقد من غير نظر لإرادة العاقدين ورضاهما، ومن غير نظر إلى ما يدل على ذلك الرضا من عبارات، ما دامت الرسوم والأشكال قد توافرت.

فلما جاء القرن الثالث عشر، وجاء ما سمى بعصر النهضة، نهضت الإرادة الإنسانية تفرض وجودها فى العقد فرضاً ملزماً، لتكون هى العنصر المكون له.

---

(١) أخذنا ذلك الجزء وما سبقه من أصول فخر الإسلام وكشف الأسرار فى عوارض الأهلية ١٥٠٨، ١٥٠٩ و١٥٠٢ و١٥٠٣ والتقرير والتحبير الجزء الثانى فى عوارض الأهلية، وشرح المنار، ومرآة الأصول فى عوارض الأهلية، ويلاحظ أن الشافعى يرى أن الإكراه الباطل هو الذى يبطل التصرفات. وأما الإكراه الحق فلا يبطلها.

ثم أخذت العقود فى التحول والانتقال من عقود شكلية إلى عقود رضائية ، حتى صارت الإرادة هى الأساس الأول لتكوين العقد ، والعلة المنشئة له ، والمناط الذى يرتبط به العقد وجوداً وعدماً ، فإن وجدت ، وجد ، وإن لم توجد لا يكون العقد ، وإن لحقها عيب لحق العيب ذلك العقد ، فأثر فى كونه ووجوده ، ولكن بقيت آثاره من الرسوم والأشكال ، فكان من الضرورى لاعتراف القانون بآثار بعض العقود واحترامها بعض الأشكال ، مع وجود الإرادة والرضا ، كاشتراط التسجيل لنقل الملكية فى العقود الناقلة للملكية إذا كان محل العقد عقاراً .

ولا زال بعض العقود لا يكفى فى تكوينها الرضا من الطرفين ، بل لابد أن يضاف إليه أمور شكلية ليتكون العقد ، ويتقرر كعقد الهبة فى القانون المصرى ، فإنه لا يتكون بمجرد وجود الرضا من الطرفين ، بل لابد لوجوده من الرضا والأمور الشكلية ، ولكن ذلك النوع من العقود الشكلية قليل ، ومع قلته يختلف عن شكلية القرون القديمة ، لأن الرضا فى القديم لم يكن عنصراً من عناصر تكوين العقد ، ولذلك ما كان يطعن فى العقد بالغلط والتدليس والإكراه[١] .

١١٥ — بعد هذه الإشارة السريعة نقول إنه مما لا شك فيه أن الأصل فى العقود فى الشريعة الإسلامية أنها تقوم على القصد وإرادة العاقدين ، وأن الرضا لازم لصحة العقود فى الجملة إلا ما استثنى عند الحنفية وحدهم فالأصل فى العقود فى الشريعة أنها لا تحتاج فى تكوينها إلا إلى قصد عاقديها من غير حاجة إلى أمور شكلية يشترطها الشارع .

ولذلك نستطيع أن نقول غير مغالين إن العقود الشرعية من النوع الذى

(١) راجع كتاب الالتزامات للأستاذ الدكتور السنهورى بك هامش ص ١٩٥ .

يسمى فى القانون عقوداً رضائية . وليست من النوع الذى يقال إنه عقود شكلية ، فالشريعة لاتعرف فى جملتها الشكلية فى العقود ، ولاتشترط أى شيء لتكوين العقد غير قصد الطرفين إلى إنشائه ، غير أنه يجب أن يلاحظ أمران ؛ نرى فيهما بعض الشكلية ؛ إذ نراها ذات أثر واضح ، بل ذات سلطان مكون فى العقد فى بعض صورهما :

أحدهما — أن من العقود مايقرر أبو حنيفة وأصحابه أنه يكفى لانعقادها أن يقصد العاقد إلى النطق بالعبارات الدالة على العقد ، ولو كان العاقد مكرهاً ، وتنعقد هذه العقود لازمة صحيحة مع الإكراه ، وهى العقود اللازمة غير القابلة للفسخ كالنكاح ، وكالخلع بالنسبة للرجل لا للمرأة ، وغير هذا النوع من العقود أيضاً يكفى لانعقاده القصد أيضاً إلى اللفظ الدال على العقد ، وإن لم ينطق به ، ولكنها تكون مع الهزل والإكراه فاسدة لاصحيحة ، والمعروف المقرر عند أبى حنيفة وأصحابه أن العقد الفاسد منعقد ، ويرتب له الشارع أحكاماً بقيود وشروط خاصة ؛ فهو على أية حال عقد له وجود وكيان لهذا ، وبدليل أنه إذا زال سبب الفساد انقلب صحيحاً بالعبارات السابقة المنشئة له من غير عبارات أخرى جديدة ، وهذا كله يدل على أن الرضا ليس بلازم لانعقاد العقود عند الحنفية ، وإن كان لازماً لصحة أكثرها ، وإنما تنعقد العقود بنطق العاقد بالعبارات المنشئة لها ، قاصداً للنطق ، من غير نظر إلى الرضا ، وكون النطق معبراً عن الرغبة والارتياح أو غير معبر .

ولكن جمهور الفقهاء يرى أن الرضا لازم لانعقاد العقود كلها من غير تفرقة بين عقود قابلة للنقض ، وعقود غير قابلة له ، فإذا وجد الرضا مع كل ما يجب توافره من الشروط اللازمة لانعقاد العقد انعقد ، وكان صحيحاً ، وإن لم يوجد لم ينعقد ، ولا يعترف جمهور الفقهاء بعقد ينعقد ويكون فاسداً ، إذ لافرق عندهم بين الفساد والبطلان ، فكلا العقد الفاسد والباطل عقد غير منعقد .

ثانيهما — اتفاق الفقهاء على أن الرضا فى عقد الزواج لا يكفى لصحة الانعقاد ، بل لابد لكى يكون العقد صحيحاً من الإعلام ، واكتفى بعض الأئمة بشهادة شاهدين لهذا الإعلان ، ولم يكتف بعضهم بالشهادة ، إذا لم يتوافر معها الإعلام ، وذلك لأن الإعلام غرض مقصود فى الزواج ، إذ قد وردت الآثار متضافرة مقررة أن فرق مابين الحلال والحرام الزفاف والإعلان ، وقد جاء فى فتاوى ابن تيمية مانصه : « أمر بالولى والشهود ونحو ذلك فى النكاح مبالغة فى تمييزه عن السفاح ، وصيانة للنساء عن التشبه بالبغايا ، حتى شرع الضرب بالدف ، والوليمة الموجبة لشهرته ، ولهذا جاء فى الأثر : المرأة لاتزوج نفسها ؛ فإن البغى هى التى تزوج نفسها[١] . وأمر فيه بالإشهاد ، أو بالإعلان . أو بهما جميعاً ، ثلاثة أقوال »[٢] .

١١٦ — وعلى ذلك يصح أن نقول إن عقد الزواج عقد شكلى ، لأنه لا يكتفى فى تكوينه برضا العاقدين ، بل لابد مع هذا الرضا من الإعلان والشهرة ، أو شهادة الشهود . وإن شكلية عقد الزواج واضحة كل الوضوح على مذهب جمهور الفقهاء الذين لايفرقون بين العقد الفاسد والباطل من جهة عدم الانعقاد ، بل هما لفظان مترادفان فى نظر الجمهور . فالجمهور من الفقهاء يرون أن عقد الزواج لاينعقد من غير الشهود ، أو من غير الإعلان ، أو من غيرهما على الخلاف فى ذلك بينهم .

أما مذهب الحنفية الذى يقول إن الشهود شرط لصحة النكاح ، وليسوا بشرط لانعقاده ، فهو الذى يحتاج إلى نظر : أيعتبر فيه عقد النكاح عقداً رضائياً ؟ أم يعتبر عقداً شكلياً ، قد قال الثانى ، وهو كونه شكلياً أكثر من كتبوا فى الالتزامات فى الفقه الحديث ، وقرره الأستاذ الدكتور السنهورى بك

(١) أكثر الأئمة يرى أن النكاح لاينعقد بعبارات النساء، بل لابد من ولى يتولى عبارته

(٢) فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٧٠ ، ٢٧١ .

فى نظرية العقد ؛ ولكن جاء فى عبارات بعض حضرات الكتاب من أساتذة الشريعة الإسلامية مايفهم منه أن عقد الزواج رضائى ، وليس بشكلى ، لأن الرضا هو العنصر الأساسى فى تكوين العقد ، وحضور الشهود شرط صحة فقط ، ونهج مثل هذا المنهج بعض قليل من كتاب الفقه الحديث . والرأى عندى أن عقد الزواج عند أبى حنيفة وأصحابه ينطبق عليه اسم العقد الشكلى ومايحتج به من أن عدم حضور الشهود فيه يترتب عليه أن يكون النكاح فاسداً لا باطلا — لاجداء فيه ولاثمرة ، لأن من فقهاء الحنفية من لا يفرق بين باطل النكاح وفاسده ، فإن التفرقة بين باطل عقود المعاوضات وفاسدها أمر مقرر ، لوضوح الفرق بين آثارهما فيها . أما النكاح فلا فرق بين آثار العقد الفاسد ، والعقد الباطل[1] ، وهذا رأى كمال الدين بن الهمام ، وذكره على أن المقرر الثابت فى المذهب ، وابن الهمام هو من نعلم دقة وإحكام نظر وتحرياً للصدق فى النقل . وإذا لم يكن ثمة فرق بين باطل النكاح وفاسده ، بل كل نكاح غير صحيح هو نكاح لا يعتبر موجوداً فى نظر الشارع ؛ لأنه لا يرتب عليه أى أثر من الآثار التى تكون لعقد النكاح فى ذاته ؛ فمن الواجب إذن أن نقول إن حضور الشهود له أثر فى كيان العقد ، فيكون النكاح عقداً شكلياً .

---

(١) يذكره الفقهاء من صور بعض النكاح غير الصحيح واعتبار العقد فيها كأن لم يكن ، وأن الدخول بسببه يعتبر زنى صوراً ثلاثاً (إحداها) إذا كانت عبارة العقد صادرة عن غير أهلية ، وثانيها) إذا تزوجت المسلمة غير مسلم (ثالثها) إذا تزوج الشخص إحدى محارمه أو زوجة الغير عالماً بالحرمة ، ففى هذه الصور قال بعضهم إن النكاح باطل ، وإن الدخول بسببه زنى لا يوجب عدة ، ولا يثبت نسباً ، وفهم كثيرون أن النكاح غير الصحيح منعقد فاسداً فى غيرها ، بدليل أنه يوجب عدة ويثبت نسباً ومهراً عند الدخول ، وفى الواقع أن ذلك ليس منشؤه اعتراف الشارع بوجود العقد أو عدم وجوده ، إنما منشؤه قوة الشبهة فى الدخول وضعفها ، فإن شبهة الحل ضعيفة أو غير موجودة فى الصور الثلاث المذكورة ، والشبهة قوية فى غيرها ، ولذا اعتبر الدخول زنى فيها ، ولم يعتبر فى سواها

ولو تنزلنا فى التسليم ، أو أخذنا بطريقة من يفرقون بين فاسد النكاح وباطله ، وقلنا إن النكاح من غير شهود فاسد لاباطل ، فإنا نجد هذا النوع من النكاح لا يعترف به الشارع ، بدليل أنه لا يثبت به من غير الدخول مهر ، ولا تثبت به نفقة ، ولا يكون لأحد الزوجين أى حق من حقوقه ، ويجب التفريق ، وإن علم القضاء بأن شخصين يتعاشران بمقتضى هذا العقد فرق بينهما ، وفوق ذلك لا تثبت به حرمة مصاهرة . ولو كان عقداً معترفاً به من الشارع يقر بوجوده وتكوينه لكان مثبتاً لحرمة المصاهرة ؛ لأنه نكاح موجود ، ولكن الثابت غير ذلك ، أفلا يجوز لنا بعد هذا أن نقول : إن النكاح من غير شهود نكاح غير معترف به من الشرع الإسلامى ، فهو غير موجود فى نظره ، ويكون عقد الزواج إذن فى نظر الفقه عقداً شكلياً ؛ لأنه لابد لاعتراف الشارع به من الشهود .

قد يقول قائل : إن النكاح من غير شهود والنكاح الفاسد يترتب عليه أنه إن حصل دخول إن يثبت النسب ، ويجب مهر المثل وتلزم العدة ، وهو على ذلك يعترف الشارع بوجوده ، ويقر بكيانه ، بدليل أنه رتب هذه الآثار ، والجواب عن ذلك أن الذى جعل الشارع يرتب هذه الأحكام على النكاح الفاسد ليس هو العقد ، ولكن هو الدخول مع وجود شبهة ، تمنع أن يكون ذلك الدخول فاحشة توجب حداً ، بدليل أن تلك الآثار نفسها وبعينها ، تثبت فى الوطء بشبهة كأن يدخل رجل على امرأة يظنها عروسه ، وتظنه زوجها ، فى هذه الحال ، تثبت كل هذه الآثار ، مع أنه لم يوجد عقد أصلا ، وإذا كان كذلك فليس فى إثبات تلك الآثار من جانب الشارع للعقد الفاسد اعتراف به ، ولا إقرار له ؛ لأنها تثبت لمجرد الوطء بشبهة الخالى من كل عقد ؛ بل تصرح عبارات بعض الفقهاء بأن هذه الآثار أو بعضها ما ثبتت للنكاح الفاسد إلا لأنه يشبه الوطء

بشبهة فالشارع لم يرتبها على العقد ، ولكن رتبها على مجرد الدخول مع الشبهة .

وهنا تنزلنا مع القائلين : إن النكاح عقد غير شكلى ، لأنه من غير الشهود فاسد يعترف الشارع ببعض آثاره بمقتضى كونه عقداً له وجود وكيان، فإن الرضا فى العقود كلها فى مذهب أبى حنيفة أثره أن يجعل بعضها فاسداً ، ولا يمكن أن يؤثر فى انعقاد العقد ووجوده ، بل كل العقود تعتبر منعقدة وموجودة مع عدم وجود الرضا ، فإن قلت إن النكاح عقد غير شكلى ؛ لأنه ينعقد من غير شهود ، وإن كان فاسداً فقل إن العقود كلها فى فقه أبى حنيفة عقود غير رضائية ، لأنها تنعقد وتتكون ، ويكون لها وجود من غير توافر الرضا فيه ، وذلك مالم يقله أحد ، ولا يمكن أن يقره القائل : إن النكاح عقد غير شكلى . ثم إن الرضا ليس ركناً مكوناً فى عقد النكاح عند الحنفية ، وعدمه لا يوجد أى خلل فى عقد النكاح ، بدليل أن النكاح ينعقد عند الحنفية مع الهزل ومع الإكراه ، ويكون صحيحاً تترتب عليه كل أحكامه ، فلا يمكن إلا أن يكون شكلياً ، ومعنى الرضائية فيه أقل بكثير من معنى الشكلية .

وليست الشكلية فى عقد الزواج بغاضة من قيمته ، بل هى دليل على عظيم رعاية الشارع للعلاقة الزوجية ، فإن العشرة الزوجية بين الرجل والمرأة لا تكون إلا بإباحة الشارع ، وبكلمة الله ورحمته ؛ فلا تناط تلك الإباحة بإرادة العاقدين المجردة ، ولا برضاهما المنفرد ، بل لا بد من أمور يشترطها الشارع ليبيح تلك العلاقة التى كان الأصل فيها التحريم صوناً للأعراض ، وحفظاً للحرمات ، ومنعاً للسفاح ، فوضع الشارع حدوداً ورسوماً تكون حداً حاجزاً بين الحلال والحرام ، وفيصلا للتفرقة بين النكاح والسفاح ، كما تكون فاصلا بين

عشرة الإحصان ، وعشرة الأخدان ، وكان ذلك الشهرة والإعلان ، فكان لابد من أن تكون هذه الشكليات مقترنة بإرادة العاقدين .

الألفاظ

١١٧ — قلنا إن أساس العقود القصد والاختيار والرضا ، ولكن هذه معان نفسية لابد لها من أمر حسى ينبىء عنها ، ويدل عليها ، فكان ذلك الأمر هو الألفاظ ؛ لأن اللسان خلق معبراً عن الجنان ، والعبارات هى الأصل فى الدلالات على الأشياء ؛ لذلك كان أساس العقود العبارات الدالة عليها . وعند العجز عن النطق (كأن يكون اللسان مئوفا بالخرس) تكون فى هذه الحال الإشارة الحسية التى تعارف المتصلون بالأخرس معه على دلالتها على إنشاء العقد قائمة مقام العبارة ، وإذا كان الأخرس يجيد الكتابة ؛ فمن الفقهاء من لا يجيز عقوده إلا بها ؛ لأن الكتابة تعبير بالقلم ، فهى كالنطق فى قوة الدلالة ، والإشارة أضعف منها ، ولا يصح العدول عن الدلالة القوية إلى الدلالة الضعيفة ماأمكنت هذه ، وكانت فى الاستطاعة ، ومن الفقهاء من يجيز مع قدرة الأخرس على الكتابة أن يعقد بالإشارة [١] ؛ لأن العبارة هى الأصل ، فإذا لم تكن ممكنة ، ورخص له فى غيرها ، قام كل ما يدل على العقد مقامها ، سواء أكان إشارة أم كتابة ؛ إذ هما سواء فى كونهما لم تكونا أصلا فى التعبير عن معانى العقود .

وترى المذاهب المختلفة تتفق فى جملتها على أن الأصل فى العقود أن تنعقد بإيجاب وقبول ، وأن يكونا بلفظين ماضيين ، لا بلفظين يدلان على الاستقبال ،

---

(١) القول الأول متفق مع رواية كتاب الأصل لمحمد ، والقول الثانى يتفق مع رواية الجامع الصغير ، فكان فى المسألة روايتين ترتب عليهما قولان .

ولا بلفظين أحدهما مستقبل[1]، والآخر للماضي . وعلة التقييد بالماضي للفقهاء فيها طريقان : (١) فمنهم من علل ذلك بأن الألفاظ الدالة على الحال ليست متمحضة له ، بل تحتمله وتحتمل الاستقبال ، والتعبير بالمستقبل مساومة أو عدة ، فمن قال بعني هذه الدابة بعشرة فهذه مساومة ، وإذا قال أبيعك فهذه عدة ؛ وإذن فالمضارع والأمر لا يدلان على إنشاء العقد ، فالماضي هو الذي يمكن أن تؤدى به هذه الدلالة . (٢) ومن الفقهاء من علل اشتراط لفظ الفعل الماضي للدلالة على إنشاء العقود بأن العقود أمور معنوية يعطيها الشارع أحكاماً وآثاراً ، وليس العاقد هو الذي يعطيها الأحكام والآثار ، وإذا كان الشارع هو الذي يعطيها أحكاماً ، فهو الذي ينفرد ببيان العبارات التي تنشئها ، وقد وردت الآثار عن النبي صلى الله عليه وسلم بأنه كان يستعمل في عقوده عليه السلام لفظ الماضي ، وكان مقتصراً عليه ، ولكن أكثر الفقهاء قالوا : إن الأثر في ذلك معلل بأن لفظ الماضي أدل الألفاظ على تحقق الوجود ، فكان أنسب الألفاظ لإنشائها ، وبأن اللغة العربية تقصر الألفاظ المنشئة للعقود على الألفاظ الماضية ، ولذلك إذا نوى العاقدان بالألفاظ الدالة على الاستقبال أو الحال إنشاء العقد في الحال ، وأعلنا هذه النية انعقد العقد ، ولذا يقول كمال الدين بن الهمام في فتح القدير في كتاب البيع ما نصه : « واعلم أن عدم الانعقاد بالمستقبل هو إذا لم يتصادقا على نية الحال ، أما إذا تصادقا على نية البيع في الحال ، فينعقد به في القضاء ، لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال ، فيثبت بالنية » ويقرر الفقهاء أن العبرة في العقود

---

(١) وقد استثنى الفقهاء من ذلك عقد النكاح ، فقد قالوا إنه ينعقد بعبارتين إحداهما متمحضة للمستقبل والثانية الماضي فيصح أن يقول أحد العاقدين زوجني ابنتك فيقول الآخر قبلت ، ويعلل الفقهاء جواز ذلك بتعليلين مختلفين : أحدهما أن الصيغة الأولى الاستقبالية توكيل ، والثانية تولى للعقد من الجانبين ، وعقد الزواج يصح أن يتولاه عاقد واحد عن الطرفين بخلاف سائر العقود ، والثاني أن احتمال المساومة في النكاح بعيد ، لأن مجلس عقد الزواج يسبقه عادة اتفاق على كل ما يتعلق به ، فيتمحض لفظ الاستقبال للعقد في الحال لعدم احتمال المساومة التي يفيدها في أصل لفظ الاستقبال

بمعانيها لا بألفاظها ، وبالمقصود من العبارة ، لا المفهوم اللغوى المجرد لها ، ولذلك يقول كمال الدين بن الهمام أيضاً : «لا يثبت الحكم بمجرد اللفظ بلا نية، فلا يثبت بلفظ البيع حكمه إلا إذا أراده به،وحينئذ فلا فرق بين بعت وأبيع فى توقف الانعقاد به على النية ،ولذا لا يصح بلفظ بعت هزلا ... فهو ينعقد بالماضى وغيره بالنية ،ولا يصح بالماضى وغيره بلا نية » ويسرد صوراً كثيرة للبيع تحلل فيها العاقدان من التعبير بلفظين ماضيين ومنها إذا قال المشترى اشتريت منك بألف ، فيقول البائع هات الثمن ، وكذا إذا قال هذا على بألف ، فقال الآخر قبلت ولو قال هو لك بألف إن وافقك أو أعجبك أو إن أردت، فقال وافقنى أو أعجبنى أو أردت ، فبكل هذه العبارات ينعقد عقد البيع ، وما يشبهه ، لوضوح إرادة العاقدين للإنشاء من هذه العبارات ، وإن لم تكن الصيغة بأفعال ماضية [1].

وترى من هذا أن الفقهاء يبدون بادى الرأى متشددين فى أن تكون صيغ العقود بألفاظ ماضية ، ثم إذا سرنا معهم فى تعليل الفكرة وجدناهم متحللين من ذلك التقييد بله التشدد فيه إلى إجازة العقود بالعبارات الدالة من غير تقيد بألفاظ ماضية أو صيغ خاصة [2] ما دام العرف يقرر دلالتها ، والنية مقترنة بها ، ومعها ما تحمل فى ثناياها من إرادة ورغبة فى العقد فى الحال .

١١٨ — وإذا كانت الألفاظ هى العماد الأول فى التعبير عن العقود وأنه لا يعدل عنها إلى غيرها إلا عند العجز عنها ، لوضوح دلالتها على إنشاء العقد ، فلذلك قرر الفقهاء قاطبة أن الأقوال هى الأصل لإنشاء العقود ، والأفعال

---

(١) راجع فتح القدير فى كتاب البيوع الجزء الخامس ص ٧٦ ، ٧٧ .

(٢) من هذا التقرير يتبين أن الفقهاء لم يقيدوا الناس بصيغ خاصة وتعابير خاصة ، حتى يحاول بعض الباحثين تعليل ذلك بعلل بعيدة ، مثل قوله إن التمسك بالألفاظ فى الشريعة من بقايا التأثير السحرى للألفاظ عند الشرقيين ، كأن عبارات العقود فى الشريعة تعاويذ أو رقى، والحق أن لا شيء من ذلك لما علمت .

لا تعتبر منشئة للعقد إلا لما تنطوى عليه من دلالة تشبه الدلالة اللفظية ، فإذا ساوم شخص شخصاً آخر على شراء شيء ، ثم أعطاه الثمن وأخذ المبيع فقد انعقد العقد ، وكذلك من ركب عربة معدة لنقل الناس ، ونقد صاحبها أو العامل فيها الأجرة ، فقد انعقدت الإجارة ؛ لأن هذه الأفعال تنبيء فى ثناياها على ما تدل عليه الأقوال. غير أن الفقهاء لم يكونوا على سنن واحد فى إحلال الأفعال محل الأقوال فى العقود ، وإقرارهم انعقاد العقود بها ، فمنهم من منع إنشاء العقود بها إلا بقدر ، ومنهم من أجاز وجعل اللفظ أولى ، ومنهم من ترك الأمر إلى العرف ، فالأقوال ثلاثة :

(أولها) أن العقود لا تنعقد إلا بالأقوال ، ولا تنعقد بالأفعال إلا عند العجز عنها كحال الأخرس على النحو الذى بيناه ، وذلك لأن الأفعال ليس لها دلالة بأصل وضعها على الالتزامات ، وعلى رضا الشخص الذى يقيده بأمر تظهر آثاره فى القابل ، فذلك لا يتم إلا باللفظ المعبر المنبيء عن حقيقة النية ، والمنبيء عن تعهدات النفس التى تتقيد بآثارها القابلة ، وعلى ذلك لا ينعقد عقد بمجرد المعاطاة : فالبيع لا ينعقد بالمعاطاة بإعطاء الثمن وتسلم المبيع بعد المساومة ، والإجارة لا تنعقد بإعطاء الأجرة والتمكن من الانتفاع ، بل لا بد فى كل هذا وأشباهه من عبارات ، وإلا ما كان عقداً . وهذا هو ظاهر مذهب الشافعى ، وهو مذهب الظاهرية ، وفى مذهب الشافعى بعض آراء لمجتهديه تجيز العقد بالمعاطاة إذا كان محل العقد من المحقرات ، ويختلفون فى حد المحقرات من الأشياء ، ثم يرجحون أن ذلك أمر متروك للعرف والعادة ، فما يعده العرف حقيراً انعقد العقد عليه بالمعاطاة ومهما يكن من أثر هذا الخلاف ، فالمشهور المأثور عن الشافعى وهو الراجح عند المجتهدين من بعده فى مذهبه عدم انعقاد العقود بالأفعال ، جل موضوعها أو هان[1] .

---

(١) جاء فى المجموع فى بيان أحكام ما جرت به عادة الناس فى عقود بالمعاطاة فى بعض الأشياء ما نصه « وإذا قلنا بظاهر المذهب فما حكم الذى جرت العادة من الأخذ والعطاء ؟ فيه وجهان : أحدهما أنه إباحة ، وبه أجاب القاضى أبو الطيب ... قال إنما أباح كل واحد منهما بسبب إباحة الآخر له قلت) فهو إذن معاوضة ، فأصحهما (هو ثانيهما) حكمه حكم

القول الثانى — أن الأصل فى العقود أن تكون بالألفاظ بلاريب ، ولكن قد تقوم الأفعال مقام الألفاظ إذا وجدت قرائن تدل على الرضا ، وتعلن الإرادة ، كمن يدفع ثوباً إلى خياط ليخيطه ، ومن شأن الخياط ألا يعمل إلا بأجر ، أو يركب فى سفينة ملاح معـــدة للاستغلال بالركوب ، أو يركب عربة معدة لركوب العامة بأجرة كالترام ونحوه ، ونحو ذلك من عقود البيع والإجارة ، « فإن هذه العقود لو لم تنعقد بالأفعال الدالة عليها ، لفسدت أمور الناس ، ولأن الناس من لدن النبى صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا ما زالوا يتعاقدون فى مثل هذه الأشياء بلا لفظ ، بل بالفعل الدال على المقصود ، وهذا القول يسير على أصول أبى حنيفة [1] ، وهو قول فى مذهب أحمد » ، ولا شك أن هذا القول أوسط من سابقه وأقصد ، وأقرب إلى التساهل .

القول الثالث — أن العقود تنعقد بكل ما يدل على مقصودها من قول أو فعل ، فكل ما عده الناس دالا على البيع ينعقد البيع به ، وكل ما يعتبره الناس دالا على الإجارة فالإجارة تنعقد به ، من غير نظر إلى كون الفعل قائماً مقام اللفظ أوغير قائم مقامه ، وإن اختلف إصطلاح الناس فى الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال ، وليس لذلك حد لا فى شرع ، ولا فى لغة ، بل يتنوع بتنوع الناس ، كما تتنوع لغاتهم ، فإن لفظ البيع والإجارة فى لغة العرب ليس هو اللفظ الذى

= المقبوض بسائر العقود الفاسدة ، فلكل واحد منهما مطالبة الآخر بما سلمه إليه مادام باقياً ، وبضمانه إن كان تالفاً ... وعن الشيخ أبى حامد أنه لامطالبة لواحد منهما على الآخر ، وتبرأ ذمتهما بالتراضى ، وهذا يشكل بسائر العقود الفاسدة ، فإنه لايراه وإن وجد الرضا » اهـ المجموع جـ ٨ ص ١٠٠ .

(١) راجع فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٦٨ . والمنصوص عليه فى كتب الحنفية أن بيع المعاطاة يجوز فى الحقير والخطير (راجع فتح القدير الجزء الخامس فى كتاب البيع) .

يدل عليه فى لغة الفرس أو الروم أو الترك أو الحبشة ، بل قد تختلف أنواع الدلالة فى اللغة الواحدة . ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات فى المعاملات ، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم من أهل لغة أخرى ، إذا كان ما تعاقدوا به دالا على مقصودهم ، وإن كان قد يستحب بعض الصفات اللفظية ، للاستيثاق من حكاية الصورة الحسية للنية الخفية ، والضمير المستكن ، وهذا القول هو الغالب على أصول مالك ، وظاهر مذهب أحمد[١] .

١١٩ — هذه خلاصة اختلاف العلماء فى انعقاد العقود بالأفعال ، وهو واضح كل الوضوح فى العقود المالية ، ولكن هذا الاختلاف ينتهى إلى الاتفاق فى عقد النكاح ؛ فإن المتفق عليه أن عقد النكاح لا ينعقد إلا بالألفاظ الدالة عليه ، والألفاظ الصريحة فيه ، سواء أكانت حقيقة لغوية فيه ، أم مجازاً مشهوراً وصل إلى درجة الحقيقة اللغوية أم مجازاً وضحت فيه القرينة ، وذلك على بعض المذاهب[٢] ، ومهما يكن من اختلاف فى بعض هذا ، فمن المتفق عليه أنه لا يكون إلا بالألفاظ الدالة عليه دلالة واضحة ، ولا شك أن إجماع العلماء على أن عقد النكاح لا يكون إلا بالألفاظ ، وبالألفاظ الصريحة فى معناه ، أو الواضحة الدلالة عليه ، ولو بطريق المجاز المشهور على رأى الأكثرين فى موضعه ، وله حكمته ؛ لأن موضوع عقد النكاح لا تتأتى فيه المعاطاة التى تغنى عن العبارة اللفظية ، وتقوم مقامها ؛ ولأن الإشهاد لا يكون إلا على لفظ صريح واضح ولو بطريق المجاز ؛ ولأن

---

(١) هذه الأقوال ملخصة من فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٦٧ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩ ، ٢٧٠ ، ٢٧١ .

(٢) لقد شدد الشافعى فقال إنه لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج ، ولا ينعقد بلفظ الهبة والعطية لأن دلالة هذين اللفظين على النكاح صريحة ، وغيرهما ليس بصريح فيه ، بل هو كناية وإن وجدت قرينة إرادة الزواج .

عقد الزواج فيه معنى العبادة من ناحية ، وله بعض أحكامها ، فإذا ناط الشارع أحكامه بالألفاظ ، بل ببعض الرسوم والأشكال ، فذلك مما يتلاءم مع فكرته ، وما يراه الفقهاء من أن فيه ناحية من العبادة . لهذا ولما ذكرنا من أن العشرة الزوجية الأصل فيها التحريم ، والإباحة كانت من الشارع رحمة منه وحفظاً للنوع الإنسانى على الوجه الأكمل ، ناطت الشريعة تلك الإباحة ببعض الرسوم والأشكال والألفاظ .

ولمعنى العبادة فى بعض نواحى النكاح قال بعض الفقهاء إن النكاح لا ينعقد بغير العربية ممن يستطيعون الكلام بها ، ويفهمونها ، لأن العبادة بغير العربية لا تجوز إلا لمن لا يستطيع النطق بها ولا يفهمها ، ولقد رد ابن تيمية هذا الرأى ، وقال : « إنه (أى النكاح) وإن كان قربة فإنما هو كالعتق والصدقة ، ومعلوم أن العتق لا يتعين له لفظ لا عربى ، ولا عجمى ، وكذلك الصدقة والوقف والهبة لا يتعين لها لفظ عربى بالإجماع ، ثم الأعجمى إذا تعلم العربية فى الحال ربما لا يفهم المقصود من ذلك اللفظ ، كما يفهم من اللغة التى اعتادها . نعم لو قيل تكره العقود بغير العربية لغير حاجة ، كما يكره سائر أنواع الخطاب بغير العربية لغير حاجة لكان متوجهاً ، كما روى عن مالك وأحمد والشافعى ما يدل على كراهة اعتياد المخاطبة بغير العربية لغير حاجة »[1] .

١٢٠ — ولقد ذكر صاحب تهذيب الفروق السبب فى التشديد فى أن يكون النكاح بألفاظ ، وعناية الشارع الإسلامى بالألفاظ الدالة عليه ، ورجع ذلك السبب إلى أربعة أوجه هى فى ذاتها أربع قواعد فقهية ننقلها لما فيها من فائدة وأحكام ودقة ، وها هى ذى :

---

(١) فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٧٥ .

الوجه الأول — أن النكاح لا بد فيه من لفظ يشهد عليه فيه أنه نكاح ، لا سفاح ، لأن القاعدة أن الشهادة شرط فى النكاح ، إما مقارنة للعقد ، كما قال الأئمة الثلاثة ، أو قبل الدخول كما قال مالك ، وعلى التقديرين لا بد من لفظ .

الوجه الثانى — أن النكاح عظيم الخطر ، جليل المقدار ، لأنه سبب بقاء النوع الإنسانى ، وسبب للعفاف الحاسم لمادة الفساد ، واختلاط الأنساب ، وسبب للمودة والمواصلة والسكون ، وغير ذلك من المصالح ، والقاعدة أن الشيء إذا عظم قدره شدد فيه ، وكثرت شروطه ، وبولغ فى إبعاده ، تعظيما لشأنه ، ودفعاً لقدره ، ألا ترى أن المرأة النفيسة فى مالها ، وجمالها ، ودينها ، ونسبها ، لا يمكن الوصول اليها إلا بالمهر الكثير ، والتوسل العظيم ، وأن المناصب الجليلة ، والرتب العلية كذلك فى العادة ، وأن الذهب والفضة لما كانا رءوس الأموال ، وقيم المتلفات شدد الشارع فيهما ، فاشترط المساواة والتناجز ، وغير ذلك من الشروط التى لم يشترطها فى سائر العروض ، وأن الطعام لما كان قوام البنية الإنسانية منع الشرع بيعه نسيئة بعضه ببعض ... لذلك كله شدد الشرع فى النكاح ، فاشترط الصداق والشهادة ، وخصوص الألفاظ .

الوجه الثالث — أن الأصل فى السلع والعروض الإباحة ، والأصل فى العلاقة الجنسية التحريم ، حتى يكون عقد نكاح — والقاعدة أن الشرع يحتاط فى الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الاحتياط فى الخروج من الإباحة إلى الحرمة ؛ لأن التحريم يكون لمنع المفاسد ، فيتعين الاحتياط للخروج منه ؛ فلا يقدم المكلف على إباحة محل فيه احتمال المفسدة إلا بسبب قوى ، يقطع بزوال تلك المفسدة ، أو يعارضها — أما ما الأصل فيه الإباحة ، فتمنع الإباحة عند طروء المفسدة بما يسر من الأسباب ... ولهذه القاعدة لم

يجز النكاح بكل لفظ ، بل بما فيه قرب من مقصود النكاح ؛ إذ هو خروج من الحرمة إلى الحل ، وجاز البيع بجميع الصيغ والأفعال الدالة على الرضا بنقل الملك فى العوضين ؛ لأنه خروج من الحل إلى الحرمة .

الوجه الرابع — عموم الحاجة إلى البيع ونحوه ، مع كثرة الوقوع والحصول، وتكرر العقد عند كل حاجة، إذ لاغنى للإنسان عن مأكل ومشرب وملبس ومسكن ومركب ، بخلاف النكاح ، فإنه قليل الحصول والتكرار من الشخص الواحد . والقاعدة فى الشريعة السمحة التخفيف فيما يعم ويكثر ويتكرر ، والتشديد فيما لايعم ولا يتكرر [1] .

النية والألفاظ

١٢١ — قد بينا أن قوام صحة العقود الرضا ، وأن الارادة هى العامل الأول فى تكوين العقد ، وأن اللفظ معبر عن هذه الارادة ، كاشف عنها ، ولكن أتناط الأحكام بتلك الارادة، فيبحث عنها من غير تقيد باللفظ المكون للعقد ؟ أم العبرة بظاهر القول . فيعتبر معلناً عن تلك الارادة من غير بحث فيما وراءه للكشف عنها ، وتقصى أغوارها ؟ ولنضرب لذلك مثلا يحرر المراد ويعينه : إذا طلق رجل زوجه طلاقاً كان مكملا للثلاث التى يملكها، فتزوجت بزوج آخر لا لتدوم العشرة ، ويؤدم بينهما بحياة زوجية ، بل لتحل به للأول، ويصح له أن يعقد عليها ، أيكون هذا زواجاً صحيحاً ، له كل أحكام الزواج الصحيح الذى لا يقبل فسخاً ؟ لا شك أننا إن نظرنا إلى ظاهر القول ، ولم نلتفت إلى ما وراءه ، ولا إلى الدوافع والغايات ، فلابد أن نحكم بأن النكاح صحيح له كل أحكامه وآثاره ؛ لأن الدوافع والغايات لم يكن فى لفظ العقد ما يعلنها

---

(١) نقلنا هذه الوجوه بتصرف للتوضيح من الجزء الثالث من تهذيب الفروق ص ١٨١ ، ١٨٢ المطبوع على هامش الفروق للقرافى .

ويكشفها ، فهو نكاح غير مؤقت بمقتضى لفظه ، فلا سبب يوجب فساده .
وإن نظرنا إلى النيات المستترة، والغايات المستكنة المتفق عليها بين طرفى العقد، حكمنا بأنه عقد غير صحيح ؛ لأن العاقدين عقداه على نية الانفصال القريب، فهو على هـذا عقد مؤقت ، أو بعبارة أخرى لم يرد به العاقدان نكاحاً بمعناه الشرعى .

من الفقهاء من كان الغالب على فروعه وأصوله الأخذ بظاهر القول من غير بحث عن النيات والأغراض والمقاصد إلا إذا دل عليها بلفظ يعلنها فى العقد ، ومن الفقهاء من أخذ بالنيات والدوافع ، ويفسر ألفاظ العقد على مقتضى ما تعطيه تلك النيات، وما تومىء إليه تلك الأغراض، فهم لا يفهمون لفظ العقد بمقتضى الدلالة اللغوية والعرفية فقط ، بل يفهمونه بمقتضى هذه الدلالة مع غرض المتكلم ونيته ، ما ظهر منها وما بطن ، مادامت هناك قرائن تكشف عنها ، وتعلنها .

١٢٢ — وأظهر من يأخذ بظاهر العقود وعباراتها المكونة لها من غير نظر إلى النيات والأغراض الشافعى رضى الله عنه ، فهو لا يأخذ إلا بمقتضى ظاهر الألفاظ فى العقود وما تدل عليه. لأن أحكام الدنيا كلها نيطت بالظاهر فى الشريعة الإسلامية ، فالنيات أمور علمها عند الله ، ولا يجليها إلا يوم يكون الأمر كله لله ، فالبحث عن النيات والمقاصد الخفية لا يتفق مع المبدأ العام الذى يقول إن كل الأحكام الدنيوية تبنى على الظاهر، والنبى صلى الله عليه وسلم فى أقضيته كان يقضى بمقتضى الظاهر ، وهو الذى أوحى إليه ، وإذا كانت الأحكام كلها فى الدنيا كذلك، فالعقود كلها لا يؤخذ إلا بما تنطق به عباراتها من غير نظر إلى النيات خيرة أو غير خيرة ، فإذا كان العقد صحيحاً بمقتضى ألفاظه وما اشترط فيه ، وما اقترن به ، فهو عقد صحيح من كل الوجوه من غير نظر إلى كونه ذريعة إلى ربا أو غير ذلك ، مادام العقد لم يقترن بربا ،

ولا بشيء يفسده، والنية يحاسب عليها الديان الذى لا تخفى عليه خافية ، وهو بكل شيء محيط .

وكثيرون من الفقهاء قد أخذوا بألفاظ العقود محمولة على النيات مفسرة بها ما دامت قد قامت على تلك النيات قرائن ظاهرة ، وشواهد قائمة ، أما ما خفى واستسرته النفس ولم تعلنه فلا يناط به شيء ، لأنه لا يمكن العلم به ، والله يقول « ولا تقف ما ليس لك به علم » وحجة هؤلاء فى الأخذ بالأغراض إن قامت عليها بينات يمكن الاعتماد عليها أن ألفاظ العقود ما كانت لها قوة إنشاء العقود إلا لأنها اخبارات عن النفس ، وما يجول بها من معان ، وما تنفعل به من رغبات ، وما يختفى فى ثناياها من نيات، فلابد إذن لصحتها من مطابقة خبرها لحقيقته ، فإذا لم تكن الأخبار مطابقة للنيات والأغراض كانت أخباراً كاذبة، فتفقد ما نيط بها من تكوين العقد ؛ وإذن فالألفاظ إذا لم تكن متطابقة مع النية والمقصد ومرمى العاقد من العقد لا ينشأ منها عقد ، ولا يناط بها حكم .

١٢٣ — والنيات تتلمس ويبحث عنها إذا وجدت أمارات لها كما أشرنا من قبل ، وقد فصل ابن القيم ذلك الرأى تفصيلا محكماً نذكره للقارىء ، وها هو ذا : « المتكلم بصيغ العقود إما أن يكون قاصداً للتكلم بها ، أو لا ، فإن لم يقصد التكلم بها كالنائم والمجنون والمغلوب على عقله لم يترتب عليها شيء؛ لأن أقوال هؤلاء كلها هدر ، كما دل على ذلك الكتاب ، والسنة ، والميزان، وأقوال الصحابة ، وإن كان قاصداً للتكلم بها ، فإما أن يكون عالماً بغاياتها متصوراً لها ، أو لا يدرى معانيها البتة ، بل هى عنده كأصوات ينعق بها، فإن لم يكن عالماً بمعناها ، ولا متصوراً له ، لم تترتب عليه أحكامها أيضاً ، ولا نزاع بين الأئمة فى ذلك ، وإن كان متصوراً لمعانيها ، عالماً بمدلولها ، فإما أن يكون قاصداً لها أو لا ، فإن كان قاصداً لها ترتبت أحكامها فى حقه ولزمته ، وإن لم يكن قاصداً لها ، فإما أن يقصد خلافها أو لا يقصد معناها ولا غير معناها ،

فإن لم يقصد غير التكلم بها فهو الهازل، وإن قصد غير معناها ، فإما أن يقصد ما يجوز له قصده أو لا ، فإن قصد ما يجوز له قصده، ولم يكن حكم العقد الذى تدل عليه هذه الصيغة — لم تلزم أحكام هذه الصيغ بينه وبين الله تعالى فى كل حال . وأما فى القضاء ، فإن اقترن بكلامه قرينة تدل على ذلك لم يلزمه أيضاً ؛ لأن السياق والقرينة بينة تدل على صدقه ، وإن لم يقترن بكلامه قرينة أصلا ، وادعى ذلك دعوى مجردة لم تقبل منه، وإن قصد بها ما لا يجوز قصده كالتكلم بنكحت وتزوجت لا يقصد عشرة زوجية غير مؤقتة، بل يقصد تحليلها لمطلقها الثلاث ، وبعت واشتريت يقصد الربا وما أشبه ذاك ، فهذا لا يحصل له مقصوده الذى قصده، وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة إليه فإن فى تحصيل مقصوده تنفيذاً للمحرم ، وإسقاطاً للواجب ، وإعانة على معصية الله ، ومناقضة شرعه ، وإعانته على ذلك إعانة على الإثم والعدوان ، ولا فرق بين إعانته على ذلك بالطريق التى وضعت مفضية إلى الإثم بذاتها كالربا الصريح ، وبين إعانته عليه بالطريق التى وضعت مفضية إلى غيره، واتخذها هو ذريعة، كمن يعقد عقد شراء ليكون ذريعة للربا ؛ فالمقصود إذا كان واحداً لم يكن اختلاف الطرق الموصلة إليه موجباً لاختلاف حكمه ، فيحرم من طريق ، ويحل بعينه من طريق أخرى ، فإن الطرق وسائل ، وهى مقصودة لغيرها، فأى فرق بين التوسل إلى الحرام بطريق الاحتيال والمكر والخداع ، والتوسل إليه بطريق المجاهرة التى يوافق فيها السر الإعلان ، والظاهر الباطن، والقصد اللفظ ، بل سالك هذه الطريقة قد تكون عاقبته أسلم، وخطره أقل من سالك تلك ، كما أن سالك طريق الخداع والمكر عند الناس أمقت ، وفى قلوبهم أوضع ، وهم عنه أشد نفرة ممن أتى الأمر على وجهه ، ودخله من بابه »[١] .

---

(١) منقول بتصرف وتوضيح قليل من أعلام الموقعين الجزء الثالث ص ١٠٦ ، ١٠٧ ، ١٠٨ .

هذا ما ذكره ابن القيم لبيان مذهب الذين يأخذون بمقاصد العاقدين ، دون الألفاظ المجردة وخلاصته تنحصر فى ثلاثة أمور (أحدها) أن العاقد إن توافق مقصده مع ماتدل عليه فى الشريعة الصيغة التى ذكرها معبرا بها ؛ ليتمكون العقد منها ، وفى هذه الحال تلزم العاقد كل أحكام العقد بلا مراء ، ولا اختلاف نظر ، (ثانيها) أن العاقد إن قصد غير ما تدل عليه عبارة العقد ، ولكن تلك النية بقيت مستكنة فى النفس ، ولم تبرز فى الوجود بقرائن تكشف عنها الغطاء . فنى هذه الحالة يدين بنيته أمام الله ، وأما فى القضاء فهو ملزم بأحكام العقد التى تؤخذ من ظاهر القول ، (ثالثها) أن العاقد إن قصد غير ما تدل عليه عبارته ، ووجدت قرينة تعلن مستور هذه النية ، وتكشف عنها الغطاء ، ولم يكن مقصوده أمراً تحرمه الشريعة ، بل تبيحه وتجوزه ، فنى هذه يعامل بما نوى وقصد أمام الله والقضاء ؛ كمن يعقد عقد كفالة ويشترط براءة الأصيل ، فنى هذه الحال يكون عقد الكفالة عقد حوالة ؛ لأن النية التى أيدتها قرينة لفظية أو حالية أمر معتبر فى القضاء ؛ إذ قامت عليه البينة ، وشهدت له القرينة . أما إذا كان ما نواه أمراً لم يبحه الشارع كمن قصد بالشراء الربا على ما سنبين ، وقامت القرائن على ما قصد ، فقصده رد عليه ، ويفسد عقده ، ولا يصح ، ولا تترتب عليه أحكام العقد الصحيح .

١٢٤ — قد بينا المذهبين اللذين يؤخذان من مجموع فروع المذاهب المختلفة وأصولها بالنسبة لمقاصد العاقدين بجوار الألفاظ التى تعقد بها العقود ، ونريد هنا أن نذكر ماتميل إليه طريقة الحنفية . يظهر لى ، وكما تفيد الفروع المختلفة فى مذهب أبى حنيفة وأصحابه رضى الله عنهم أن هذا المذهب يميل فى جملته إلى طريقة الشافعى ، وهى الأخذ بظواهر عبارات العقود من غير تحر وتتبع للنيات الخفية ، والإرادات المستكنة ، سواء أدلت عليها قرائن أم لم تدل .

(١) فتراهم يقولون فيمن تزوج امرأة ليحلها لزوجها الأول الذى طلقها ثلاثا ، ونوى ذلك هو والمرأة ، ولم يشيرا إليه فى العقد ، ولم يشترطا ذلك فيه : إن النكاح صحيح ، وتحل لزوجها الأول إن طلقها بعد الدخول ، وانتهاء العدة ، بل إن العاقدين لو اشترطا فى عقد الزواج صراحة أن الغرض من الزواج أن تحل للزوج الأول ، قال أبو حنيفة إن النكاح ينعقد مع الكراهة ، والشرط ليس بلازم ؛ لأنه شرط فاسد ، والنكاح لا تفسده الشروط الفاسدة ، وقال الصاحبان إن النكاح يكون غير صحيح ؛ لأنه فى معنى النكاح المؤقت ، ولورود الآثار المستفيضة بأن مثل هذا النوع من النكاح فاسد ، وهو سفاح لا نكاح[١] .

ولا شك أن ذلك كله يدل على أن فقهاء الحنفية لم يأخذوا بالنية والغرض فى هذه الجزئية ، وموطن خلافهم هو حال النص على الغرض فى ضمن القول المنشىء للعقد ، أيعتبر ذلك النص ، أم يلغى ؟ وليس فى اعتباره ، أخذ بالنية أو عدم أخذ بها .

(٢) وتراهم أيضاً جوزوا بيع العينة مع أن غرض المتبايعين فيه التحايل على إباحة الربا وإجازته واستساغته ، وصورة ذلك أن البيع أن اتفق اثنان على المداينة بالربا ، ويوسطا فى ذلك عيناً فيبيع المقرض المقترض عيناً بأكثر من الدين الذى يريد إقراضه بمقدار الربا الذى يريده ، ويكون الثمن نسيئة ، ثم يبيع المقترض ، وهو المشترى العين لشخص ثالث بمقدار الدين من غير زيادة ، ويتسلم الثمن ، ثم يبيع الثالث العين للدائن ، وهو البائع الأول ، بالثمن الذى أخذها به ، ويتسلم الثمن ، فتنحل المسألة إلى أن المقترض قد اقترض الدين وحسب عليه أكثر من قدره بمقدار هو ربا فى الشريعة الإسلامية ، ولو كانوا يأخذون بالنيات والأغراض والمقاصد من غير أن يعنوا بظاهر الألفاظ ،

---

(١) راجع شرح الزيلعى على متن الكنز الجزء الثانى ص ٢٥٩ .

لحكموا بفساده ، نعم إن بعض الفقهاء كرهه ، فالإمام محمد كرهه ، وكان يقول : « هذا البيع فى قلبي كأمثال الجبال ذميم ، اخترعه أكلة الربا »[١] ولكن ذلك القول الحار من الإمام محمد ، لم يمنع من أن المذهب اجازته وتسويغه صحيحا .

نعم إن الحنفية حكموا بفساد بيوع لما فيه من شبهة الربا ، وذلك مثل أن يشترى شخص عيناً من الأعيان ، وقبل أن يسلم الثمن يبيعها للبائع بأقل من الثمن الذى اشتراها به ، فقد قالوا إن ذلك البيع فاسد ، ولكن ذلك لا لوجود نية الربا أو عدم وجودها ، بل لأن شبهة الربا[٢] تفسد البيع ، ومن الغريب أنهم قالوا إن هذه الشبهة زائلة فى بيع العينة مع وضوح الغرض ، والربا المقصود

(٣) وقد قالوا أيضاً فى مهر السر ومهر العلانية إن العاقدين فى الزواج إن اتفقا على مهر فى السر ، ولم يصحب ذلك الاتفاق عقد ، ثم جاءوا وعقدوا على مهر فى العلن فالمهر الواجب هو مهر العلانية ؛ لأنه هو الذى اقترن بالعقد، وثبت به الالتزام[٣] بل إنه إذا تعاقد الزوجان على مهر فى حضرة شهود ثم جددا الزواج بمهر أكبر للشهرة ؛ فالمعتبر الثانى عند أبى حنيفة ومحمد ، لأن الزيادة عن المهر الأول زيادة لازمة ، وقال أبو يوسف المعتبر الأول ؛ لأن الثانى ملغى فلا يلتفت إليه ؛ إذ العقد تم بالأول[٤] . وترى من هذا أنهم

---

(١) راجع ابن عابدين الجزء الرابع .

(٢) ولهم فى توجيه الفساد نظر دقيق . قد بينه فتح القدير فى الجزء الخامس ص ٢٠٧ ، ٢٠٨ .

(٣) وقد قالوا إن ذلك إذا لم يتفق الزوجان على أن الثانى كان هزلا أو للسمعة فقط، فإن اتفقوا على ذلك كان الواجب هو مهر السر بتراضيهما ؛ لأن الثانى هزل أو فى حكمه ، والهزل يؤثر فى المعاملات المالية .

(٤) راجع فى هذا فتح القدير الجزء الثانى ص ٤٢٤ ، ومجمع الأنهر الجزء الأول ص ٣٥٥ .

لم يلتفتوا إلا إلى ما تدل عليه ظواهر العبارات فى العقود ، ولم يتتبعوا النيات والمقاصد والأغراض ، ويتعرفوها ، ويبنوا عليها أحكام العقود ؛ ولذا نقول إن مذهب الحنفية يقارب مذهب الشافعية فى جعل الأحكام تابعة لما تدل عليه العبارات من غير تقص المقاصد والنيات .

١٢٥ — وقد يقول قائل إن مذهب الحنفية قد اشتهرت فى فروعه وأصوله قضية تثبت أنه يتجه إلى المقصد والغرض ، وهى تلك القاعدة الذهبية : « العبرة بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى » ونقول إن تلك القضية قد اشتهر بجوارها قضية أخرى أعمق فى معناها ، وأدل على مرماها من تلك ، وهى أقدم نسبة منها ؛ وتلك القضية هى ماجاء فى شرح الجامع الصغير : « المعتبر فى أوامر الله المعنى ، والمعتبر فى أمور العباد الاسم واللفظ »[١] وللتوفيق بين هاتين القضيتين نقول إن المراد من المعنى فى القضية الثانية النية والغرض والمرمى الذى لم يقترن بالعقد عبارة تنبىء عنه صراحة ؛ والمراد بالمعنى فى الأولى المدلول الذى يفهم من العبارات التى أنشىء بها العقد متضامة متلاصقة غير متنافرة بحيث يشترك كل جزء من العبارة فى إنتاج ذلك المدلول ، ولذلك يسوق صاحب الأشباه فى تطبيق تلك القضية : « العبرة بالمعنى ، لا باللفظ فى العقود » أن الكفالة إذا اشترط فيها براءة الأصيل تكون حوالة ، وإن الحوالة إذا اشترط فيها مطالبة الأصيل تكون كفالة ، وأن الهبة إذا صرح فيها بالعوض عند تكوين العقد تكون بيعاً لا هبة وأن نكاح المطلقة البائنة ينعقد من مطلقها بلفظ الرجعة وأن الرجعة تتم بلفظ النكاح ، يسوق هذا فى تطبيق تلك القضية ، كما يسوق فى تطبيقها أيضاً عقد البيع بلفظ خذ وأخذت ، والإجارة بلفظ هبة المنافع وتمليكها[٢] .

---

(١) راجع حاشية الحموى على الأشباه ص ٣٢٠ .

(٢) الأشباه الجزء الأول ص ٣٢٢ .

ومن هذا كله يفهم أن المراد من قاعدة العبرة « للمعانى لا للألفاظ والمبانى » هو أنه لا يلتفت فى أحكام العقود إلى المدلولات اللغوية أو العرفية مجردة ، بل لا يعنى فى الأحكام إلا بالمدلول الذى تدل عليه جملة العبارات فى العقد ، ويصح أن تكون مراداً للتكلم يدل عليه الكلام صراحة ، ولو عن طريق المجاز لا الحقيقة ، أما الدوافع والمقاصد والغايات والمرامى كأن يريد بالبيع التحايل على الربا أو يراد بالزواج إحلالها لمطلقها الثلاث ، وغير ذلك من المقاصد الأولى والغايات الباعثة ، والأغراض الدافعة فذلك ما لا تتعرض له تلك القضية .

والخلاصة أن المذهب الحنفى فيما نعلم تتجه فروعه إلى المنهج الذى يتمسك بلفظية العقود ، لا بالنيات والدوافع — والله سبحانه وتعالى أعلم .

الارادة وآثار العقود

١٢٦ — للارادة التأثير الأول فى إيجاد مجموع الالتزامات التى تنشأ عن العقد عند علماء القانون ، فكما أن إنشاء العقود فى القانون يرجع للارادة الحرة ، كذلك الآثار التى تترتب على العقد تنشئها هذه الارادة ، فالعقد شريعة المتعاقدين فى القانون بالنسبة لآثاره وكل ما اشتمل عليه ، ما لم يكن مشتملا على شىء يخالف النظام العام ، فكل ما ارتضاه العاقد من أحكام يكون صحيحاً ، واجب الوفاء ، ولو كان فيه غبن فاحش عليه ، ولا عبرة بالتعادل بين العاقدين فيما يغنمانه ويغرمانه بسبب العقد ، إنما العبرة بكون الالتزامات نشأت عن إرادة حرة لم يلبس عليها بغش أو تدليس ، فإذا توافرت تلك الارادة ثبتت الآثار التى ارتضاها العاقدان (١) .

---

(١) راجع كتاب نظرية العقد للأستاذ الكبير الدكتور السنهورى بك ، وقد جاء فى هامش صفحة ١٠١ ما نصه « قد لخص ديموج نتائج نظرية سلطان الارادة فى ست :
(أولا) التعاقد ونوعه حر فى حدود النظام العام . (ثانيا) أثر الالتزام هو ما أراده المتعاقدان . =

أما فى الشريعة الإسلامية فالارادة تنشىء العقد فقط ، ولكن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع ، لا من العاقد ، فالعاقد ينشىء العقد فقط ، ولكن لا ينشىء الآثار ، وتأثير إرادته فى تكوين العقد وإيجاده ، لا فى إعطاء أحكامه وآثاره ، وعلى ذلك تكون مقتضيات العقود كلها من أعمال الشارع ، لا من أعمال العاقد ؛ ولذا يقول الفقهاء عن العقود أنها أسباب جعلية شرعية ، وليست بأسباب طبعية ، ويعنون بذلك أن تسبيب العقود لآثارها ليست باعتبار ما اشتملت عليه من عبارة تدل على إرادة حرة فقط ، بل لذلك ، ولأن الشارع جعل الأحكام الشرعية مترتبة على العقود ، فإفادة البيع نقل الملكية من البائع إلى المشترى ، واستحقاق البائع للثمن ، وغير ذلك من الأحكام ليس ذلك من ذات الإيجاب والقبول وما وراءهما من إرادة العاقدين ورضاهما وتوافق رغباتهما فقط ، ولكن لهذا ، ولأن الشارع جعل ذلك العقد طريقاً لثبوت هذه الآثار ، وتلك الأحكام ، وذلك بأمرين :

(أولهما) إذن عام من الشرع بجعل الرضا طريقاً لإنشاء الحقوق والواجبات ، وانتقالها ، وذلك فى الأصل العام فى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » فالله سبحانه وتعالى جعل الأملاك باقية فى سلطان أصحابها ، لا تنتقل منهم إلى غيرهم إلا بالتراضى ، فكان ذلك إذناً عاماً بجعل الرضا أساساً فى العقود والالتزامات ، وكان ما يترتب على العقود من آثار وأحكام ، إنما هو مستمد من ذلك التقرير - الذى جعل الرضا أساساً للعقود المالية[1] - ثم أوجب الوفاء بالعقود ، وتنفيذ أحكامها

= (ثالثاً) العبرة بالارادة الباطنة ، لا بالإرادة الظاهرة . (رابعا) يفسر القاضى العقد طبقاً لنية المتعاقدين الصريحة والضمنية . (خامساً) لا يجوز تعديل الالتزام إلا بإرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية . (سادساً) لا ينقضى الالتزام إلا بارادة العاقدين .

(١) جاء فى تهذيب الفروق ما نصه « أن الله سبحانه وتعالى تفضل على عباده ، فجعل كل واحد من حق الله تعالى وحق الآدميين موكولا لما هو منسوب له ثبوتا وإسقاطا ، فما هو حق لله تعالى صرف لا يتمكن العباد من إسقاطه والإبراء منه ، وما هو حق للآدميين =

فى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » فبهذين النصين الكريمين العامين ، قد جعل الشارع للعقود آثاراً والتزامات تنشأ عنها ، وأسساً تقوم عليها ، فهى بهذا كانت أسباباً فى الالتزام بجعلها الشارع كذلك ؛ وإذا كان ذلك الجعل يتفق مع قضايا العقول ، فلأن كل مافى الشرع يتفق مع ماينتجه العقل السليم .

(ثانيهما) إن الشارع جعل لكل عقد من العقود الشرعية أثراً له يثبت إذا توافرت أركانه ، وتحققت شروطه ، وليس للعاقد أن يفر من أحكام العقد بعد انعقاده ، إلا إذا تنزل الطرف الثانى عن حقه فى التمسك بها ، وتراضيا على فك عقدته ، والتخلص من التزاماته ؛ وإذا كان لكل عقد شرعى آثاره الخاصة ، ومقتضاه الذى قرره الشارع له ، سواء أراده العاقد أم لا ، فليس للعاقد أن يتخلص من ذاك المقتضى بشرط يشترطه ، قبل العقد أو فى أثنائه مالم يرد إذن من الشارع بذلك ، وإقرار منه له ، سواء أكان ذلك إذناً عاماً شاملا أم إذناً خاصاً بإقرار ذلك الشرط بعينه ، وكذلك ليس له أن يزيد على المقتضى إلا بإذن من الشارع .

١٢٧ — وقضية أن آثار العقود لاتكون إلا بحكم الشارع ، وأن مقتضياتها وأحكامها إنما يرتبها الشارع ، وأن الإنسان عمله فى عقد العقد فقط ، وليس عمله فى ترتيب أحكامه — قضية صرحت كتب الفقه بها ، فبينتها كتب الأصول ، وذكرتها كتب الفروع ، معللة بها الجزئيات الخاصة للأحكام المختلفة ، وقد جاء فى كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى مانصه : « إن العلل الشرعية غير موجبة[1] بأنفسها ، فإن هذه العلل كانت موجودة

= بتسويغه وتمليكه وتفضله لاينقل الملك فيه إلا برضاهم ، ولا يصح الإبراء منه إلا بإسقاطهم . . . » الجزء الأول ص ١٩٧ هامش .

(١) المراد من موجبة مثبتة ، ويدخل فى العلل الشرعية العقود ؛ ولذا جاء فى الكتاب =

قبل ورود الشرع ، ولم تكن موجبة لهذه الأحكام .. وإنما الموجب للأحكام هو الله تعالى ، إذ له ولاية الإيجاب ، وهو قادر على أن يشرع الأحكام بلا علل ، ولكن إيجابه لما كان غنياً عن العباد ، وهم عاجزون عن دركه شرع العلل التي يمكن لهم الوقوف عليها موجبات الأحكام في حق العمل ، ونسب الوجوب إليها فيما بين العباد تيسيراً ، فصارت العلل موجبة في الظاهر ، بجعل الله تعالى إياها كذلك ، أي موجبة لا بأنفسها ، وفي حق صاحب الشرع اعلام خالصة للعباد على الإيجاب »(1) ، ومن هذا النص يفهم أن العقود ، وهي داخلة في عموم العلل الشرعية ، كما دل على ذلك السياق من قبل ومن بعد ، لا تثبت أحكامها بإرادة العاقدين ، بل بحكم الشارع وترتيب تلك الآثار عليها .

وهذه القضية تجرى على أقلام كتاب الفقه على اختلاف مذاهبهم ومناحي اجتهادهم ، وليس هذا عند الحنفية وحدهم ، فالغزالي يقرر أن الله جعل لحل الأموال أسباباً ظاهرة من بيع وغيره ، ويبين أن نصب هذه الأسباب أسباباً ،

= قبل ذلك عند تعريف العلة « ويدخل في هذا الحد العلل الوضعية التي جعلها الشرع عللا ، كالبيع للملك والنكاح للحل » .

( ) راجع كشف الأسرار الجزء الرابع ص ١٢٩١ ، ١٢٩٢ ، وقد جاء في الجزء الثاني منه ص ٦٧٨ في بيان السبب في أن الشارع ناط بعقود المعاملات أحكامها ما ملخصه : « سبب شرعية المعاملات تعلق البقاء المقدور بمباشرتها ... وبيانه ماذكره المشايخ الثلاثة القاضي الإمام أبو زيد وشمس الأئمة وفخر الإسلام البزدوي رحمهم الله إن الله تعالى خلق هذا العالم ، وقدر بقاءه إلى قيام الساعة ، وهذا البقاء إنما يكون ببقاء الجنس ، وبقاء النفس . فبقاء الجنس بالتناسل ، فشرع له طريقاً يتأدى به ما قدر الله عز وجل من غير أن يتصل به فساد ولا ضياع ، وهو طريق الازدواج بلا شركة ، فإن في التغالب فساداً ، وفي الشركة ضياعا ، فإن الأب متى اشتبه يتعذر إيجاب المئونة عليه ، وليس للأم قوة كسب الكفايات في أصل الجبلة — وكذلك لا طريق لبقاء النفس إلى أجلها من غير إصابة الناس المال بعضهم من بعض . وما تحتاج إليه كل نفس لكفايتها لا يكون حاصلا في يدها ، وإنما تتمكن من تحصيله بالمال ، فشرع سبب اكتساب المال ، وسبب اكتساب ما فيه كفاية لكل أحد وهو التجارة عن تراض ، لما في التغالب من الفساد ، والله لا يحب الفساد » .

وجعلها علامات إنما هو بحكم الشارع ، فالشارع هو الذى شرعها ، وهو الذى أعطاها أحكامها ، وناط بها آثارها[1] .

ومثل ذلك جاء فى الموافقات للشاطبى[2] والفتاوى لابن تيمية[3] .

١٢٨ — وقد يقول قائل إن العقود اختيارية رضائية ، وأساس الاختيار والرضا أن يكون للعاقد اختيار حر لآثار العقد وأحكامه ، فإذا جعلت الشريعة الإسلامية آثار العقود من اختصاص الشارع لا من عمل العاقد ، كان فى ذلك هدم لأصل الاختيار أو الرضا ؛ وقد أجاب عن هذا القول الشاطبى وغيره بأن موضع الاختيار والرضا فى إيقاع الأسباب بإنشاء العقود ، وإن ذلك مدى واسع للرضا ، وليس بالمدى القصير الضيق . أما الآثار والأحكام فبترتيب الشارع حفظاً للعدل بين الخلق ، وصوناً للمعاملات عن دواعى الفساد ، ومنعاً للغرر فى الصفقات ، وحسما لمادة الخلاف بين الناس .

ولا يجب فى أن يكون السبب اختيارياً رضائياً من كل الوجوه ، والمسبب ليس بإرادة الشخص فقط ، فإن ذلك جار كثيراً فى أمور الحياة ، كمن يغشى امرأته مختاراً مريداً راغباً مشتهياً ، وهو كاره لأن يكون له منها ولد ، مع علمه بأن هذا يكون من ذلك كثيراً ، وكمن يلقى البذر فى الأرض ، والانبات ليس من عمله بل من عمل الرب ، ومع ذلك لم ينف هذا أن القاء البذر اختيارى رضائى من كل الوجوه ، وإذا كان ذلك واضحاً سائغاً بالنسبة للأمور الحسية ، فهو كذلك فى الأمور المعنوية والقولية ، وعلى ذلك يكون معقولا وسائغاً أن تكون العقود الشرعية رضائية اختيارية فى كونها ، وآثارها من عمل الشارع الحكيم[4] .

---

(١) راجع المستصفى الجزء الأول ص ٩٣ .

(٢) راجع الموافقات الجزء الأول ص ١٣١ وما يليها .

(٣) راجع فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٢٣٦ .

(٤) راجع الموافقات للشاطبى الجزء الأول ص ١٥١ .

هذا هو الأصل العام ، ولكن من الفقهاء من أوجب الوفاء بكل شروط المتعاقدين غير الثابت تحريمها ، ولاشك أن هذا ناشيء عن عدم تشدد في الأخذ بذلك الأصل ، وإن لم تكن مخالفة لإذن الشارع في نظر هؤلاء .

١٢٩ — وإذا كانت هذه القاعدة يقررها الفقهاء عامة ويذكرونها في أصولهم ، فإن الحق والانصاف يوجبان علينا أن نقول أنهم جميعاً ليسوا سواء في التشديد فيها بالنسبة للعقود المالية الخالصة ، فإنهم جميعاً ، وإن اتفقوا في التشديد في جعل آثار عقود الأنكحة من عمل الشارع مع احترام الشروط عند البعض ، قد اختلفوا تشديداً وتسهيلا بالنسبة للعقود المالية ، فنرى بعض الفقهاء كابن تيمية مع أنه ممن يقررون تلك القاعدة [1] ، يفهم من كلامه أنه يجعل لارادة العاقد في العقود المالية سلطاناً ؛ وذلك بتغليب القاعدة العامة التي وردت بها الشريعة المحكمة ، وهي وجوب الوفاء بالعقود ؛ وذلك بأن يؤخذ الشخص بكل ما تعهد به في العقد ، وبكل ما التزمه ، ولا شك أن في ذلك تقريراً لسلطان الإرادة في إيجاد الالتزامات الناشئة بالعقد ؛ وفوق ذلك فهناك القاعدة العامة الثانية التي قررها الشرع بإطلاقها المحكم ، وهي الإذن العام بجعل الرضا سبباً لنقل الحقوق وإسقاطها ، وفي الأخذ بهذه بإطلاقها تقرير لسلطان الإرادة في الالتزامات الناشئة بالعقود .

وفي الحق إننا إن أخذنا بتلك القواعد مجتمعة قاعدة الوفاء ، وقاعدة جعل الرضا سبباً لنقل الحق واسقاطه ، وقاعدة أن الشارع هو المرتب للحقوق في العقود يتكون من المزج بينها أن العقود تتكون التزاماتها بإرادة العاقد ، ولكن ذلك بإعطاء الشارع ذلك الحكم لها ، وبما ألزم به المكلف من وجوب الوفاء بالعقود ، وعدم خفر العهود وذلك ما يفيده كلام ابن تيمية .

---

(١) فهو يقول تقريراً لقاعدة أن آثار العقود من الشارع : « إن الأحكام الثابتة بأفعالنا ، كالملك الثابت بالبيع ، وملك البضع الثابت بالنكاح ، ونحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام ، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا » .

فقد جاء فى كتابه العقود والشروط ماخلاصته : « إن العقود إنما وجب الوفاء بها لإيجاب الشارع الوفاء بها مطلقاً ، إلا ما خصه الدليل ؛ على أن الوفاء بها من الواجبات التى اتفقت عليها الملل والعقلاء جميعهم ، وأدخلها فى الواجبات العقلية من قال بالوجوب العقلى [1] . . . والأصل فى العقود رضا المتعاقدين ، ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد ؛ لأن الله تعالى قال فى كتابه : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وقال : « فإن طبن لكم عن شىء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً » فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه ؛ فدل على أنه سبب له ، وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب ؛ فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم ، وإذا كان طيب النفس هو المبيح للصداق ، فكذلك سائر التبرعات قياساً بالعلة المنصوصة التى دل عليها القرآن ، وكذلك قوله تعالى « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » لم يشترط فى التجارة إلا التراضى ، وذلك يقتضى أن التراضى هو المبيح للتجارة . وإذا كان كذلك التبرع والتجارة ، فإذا تراضى المتعاقدان ، أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله » [2] وترى من هذه العبارات ما يفيد أن الرضا له سلطان قوى فى أحكام العقود وآثارها ، وإن كان ذلك السلطان مستمداً بإذن عام من الشارع الخبير بمصالح الناس .

ولكن إذا كان ذلك نظر ابن تيمية وبعض الحنابلة وبعض المالكية ، فليس هو نظر عامة أهل الفقه ؛ لأن عامة الفقهاء يذكرون أحكاماً خاصة لكل عقد ، ويبينون أنها مقتضاه ويعرضون شروط العاقدين على ذلك المقتضى الذى يقولون أنه بتقرير الشارع ؛ فما وافقه أقروه ، وما لم يوافقه كان موضع نظر ونقاش ، ولو أننا أخذنا بنظرية سلطان الرضا فى أحكام

---

(١) القائلون بالوجوب العقلى المعتزلة من علماء الكلام . أما الفقهاء عامة فيرون أنه لا وجوب إلا حيث يوجب الشارع .

(٢) الفتاوى الجزء الثالث ص ٢٣٩ .

العقود ، لكان كل شرط صحيحاً لازم الوفاء ، مادام لم يخالف أمراً مقرراً في الشرع ، أو نصاً محفوظاً ، أو خبراً مأثوراً ، أو قاعدة مقررة مشهورة [١] .

١٣٠ — ولو أردنا أن نحكم على صلاحية تلك الفكرة للبقاء واتصالها بأصول الشرع ومصادره لحكمنا بأن يؤخذ بها جملة من غير تردد في النكاح ؛ فإن الأسرة لمكانها من الحرمة ، ولما يجب لها من الصيانة ، ولما تستلزمه من القرار والثبات كان الواجب أن يتولى الشارع آثار العقد فيها ، ويرتب الأحكام التي تنشأ عنه ، وأن ذلك يدعو إليه الاجتماع ؛ فإن الأسرة يجب أن تقوم على دعائم من القرار والثبات . ولا يصح أن تسيطر فيها الرغبات ، ومن ورائها الشهوات والأهواء الهادمة لنظامها ، الناقضة لبنيانها ، المقوضة لأركانها ، وأن الأهواء إذا تحكمت في العلاقة الزوجية ، وجعلت واجبة الوفاء إذا اشترطت في عقد الزواج [٢] ، صارت الزيجات في البلاد الشرقية كتلك العقود التي تسمى زواجاً مدنياً ، وتكثر في أمريكا وأوروبا ، ويطغى سيلها في المدن اللاهية اللاعبة ، تبرم لسانحة خاطفة ، وتنقض لمثلها ، فلا أسرة أقيمت ، ولا بيت تكون ولا ذرية أنبتتها الرعاية الأبوية نباتاً حسناً ، وما أشبه ذلك الذي يسمى زواجا مدنياً باتخاذ الأخدان في الجاهلية الأولى ، غير أن هذا فاحشة تنزوى استحياء ، وذلك فاحشة تعلن للأشهاد ، وتسير رافعة رأسها بين العباد .

---

(١) سنبين ذلك في موضعه عند الكلام على الشروط التي يشترطها العاقد ، وأثرها في العقود ولزوم الوفاء بها .

(٢) إذا جعلنا لإرادة العاقدين في الزواج سلطانا في آثاره ، واشترطت فتاة قاهرية ألا تقيم إلا في القاهرة ، ولو كان عمل زوجها في أقصى الصعيد لكان ذلك الشرط واجب الوفاء وأى زواج ذلك الذى يكون أحد الزوجين مقيما في أقصى البلاد ، والآخر في أدناها !! وأى بيت يتكون من هذين الغريبين !! ، وأى رعاية تكون لثمرة هذا الزواج ! ! ولأجل هذا لا نستطيع أن نأخذ برأى الإمام أحمد بن حنبل في وجوب الوفاء بكل شروط الزوجين .

هذا بالنسبة للزواج ، أما بالنسبة للعقود المالية ، فالذى نراه أنه يجب أن يكون لإرادة العاقدين سلطان فى تكوين آثارها ، لأنه لا خطر فى جعل هذا السلطان للإرادة مادام لم يخالف أمراً مقرراً فى الشريعة ثبت بقياس ، أو أثر مشهور ، أو نص قطعى ، فان الله سبحانه وتعالى قد أمر بالوفاء بالعقود والعهود ، ولاشك أن الوفاء بها تنفيذ لآثارها . والعدالة توجب أن يكون للشخص سلطان فيما ينفذه بمقتضى تعهده ، وبمقتضى العقدة التى عقدها ، وفرق بين النكاح والعقود المالية ، فإن الأبضاع الأصل فيها الحرمة ، وتحليلها يكون بتحليل الشارع الصريح ، فكان لابد من أن يكون السلطان فى آثار النكاح للشارع نفسه . أما المعاملات المالية فهى من الأمور التى تسمى فى لسان الفقهاء الأمور العادية ، والأصل فى هذه الأمور الحل حتى يقوم الدليل على الحرمة ، ولاشك أن الإرادة فى الأمور التى تكون من هذه القبيل لها الشأن الأول بمقتضى الإذن العام فى جعل الرضا أساساً لنقل الحقوق وإسقاطها .

حرية التعاقد وما يجب الوفاء به

١٣١ — نقصد بحرية التعاقد إطلاق الحرية للناس فى أن يعقدوا من العقود مايرون ، وبالشروط التى يشترطون غير مقيدين إلا بقيد واحد ، وهو ألا تشتمل عقودهم على أمور قد نهى عنها الشارع ، وحرمها كأن يشتمل العقد على ربا ، أو نحوه مما حرمه الشرع الإسلامى ، فما لم تشتمل تلك العقود على أمر محرم بنص أو بمقتضى القواعدالعامة المقرر التى ترتفع إلى درجةالقطع واليقين ، فإن الوفاء بها لازم ، والعاقد مأخوذ بما تعهد به ، وإن اشتملت العقود على أمر حرمه الشارع فهى فاسدة ، أو على الأقل لايجب الوفاء بالجزء المحرم منها .

وإن حرية التعاقد بهذا المعنى ليست أمراً متفقاً عليه بين فقهاء المسلمين . بل هي موضع خلاف طويل ، وأن الأكثرية منهم لا يطلقون تلك الحرية إطلاقاً ، والقلة منهم هم الذين يطلقونها ، ويفتحون أبوابها على مصاريعها ، وذلك الخلاف مبناه الخلاف في التشديد والتساهل في جعل آثار العقود من عمل الشارع ، فقد قال الذين شددوا في جعل كل آثار العقود من الشارع ، أن الأصل في العقود المنع ، حتى يقوم الدليل على الإباحة ، ومع الإباحة وجوب الوفاء ، والذين تساهلوا وجعلوا لإرادة العاقدين سلطاناً في آثار العقود بمقتضى الإذن من الشارع بجعل الرضا ذا أثر في العقود ، جعلوا الأصل في العقود الإباحة ووجوب الوفاء بها ، حتى يقوم الدليل على المنع والتحريم .

وعلى القول الأول نكون مقيدين بعدد العقود التي تذكرها الكتب ، ووردت بها الآثار ، ودلت عليها المصادر الشرعية ، والأدلة الفقهية ، فالم يقم عليه الدليل فهو ممنوع ، والوفاء به غير لازم ، لأنه لا التزام إلا بما ألزم به الشرع ، فما لم يرد دليل على وجوب الوفاء فلا وفاء ، فليس للناس إذن على هذا القول أن يعقدوا ماشاءوا من العقود ، إلا إذا وجد من الأدلة الفقهية مايدل عليه ، ويوجب الوفاء به . أما القول الثاني فبمقتضاه يكون الناس أحراراً في أن يعقدوا ماشاءوا من العقود ، ويشترطوا من الشروط مايرون فيه مصلحتهم إلا إذا قام الدليل على المنع ، فعندئذ لا يجب الوفاء .

١٣٢ — وقد استدل الذين أخذوا بالقول الأول (١) بأن الشريعة قد رسمت حدوداً ، وأقامت معالم لرفع الحق ، ولتسود المعاملة العادلة بين الناس بلا شطط ، ولم تترك أمر الناس فرطاً بلا ضوابط ولا حدود ، ولا قيود تمنع الظلم والغرر والجهالة المفضية إلى النزاع ، وكل عقد لم يرد به دليل مثبت له من الشرع ، أولا يعتمد على أصوله الثابتة بلا ريب في ثبوتها فهو تعد

لحدود الشريعة ، وما يكون فيه تعد لحدودها لا تقره ، ولا توجب الوفاء به .
وأيضاً فإن وجوب الوفاء إلزام من الشارع الحكيم ، ولا يصح أن نفتى في أمر وندعى أن الشارع ألزم به ، إلا إذا ورد في مصادر الشريعة وأصولها مايدل على الإلزام ووجوب الوفاء . ومن ألزم في الشريعة الوفاء بأمر لم يرد في مصادرها مايوجب الوفاء به فقد حرم حلالا ، وأحل حراماً ، وذلك افتراء على الله بالكذب ، وفعل أهل الجاهلية الذين كانوا يحرمون ، ويحلون من غير علم من الشرع ولا سلطان مبين .

(٢) وقد استدل أيضاً لهذا القول بقول الرسول صلى الله عليه وسلم «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد» فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه إلا ماصح أن يكون عدا جاء النص بالإلزام به باسمه ، أو بإباحة التزامه[١] ، وأيضاً فقد ورد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقف خطيباً ، فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ، ثم قال : «أما بعد ، فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ، ما كان من شرط[٢] ليس في كتاب الله فهو باطل ، ولو كان مائة شرط ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق» . وإذا كان كل شرط يشترط ، ولم يرد به نص باطلا ، فبالأولى كل عقد يعقده العاقدان ، ولم يعلم من مصادر الشريعة أنها تقره ، وتلزم بالوفاء به .

وقد استدل الذين يرون أن الأصل في العقود الإباحة لا المنع ، وأن كل عقد واجب الوفاء إلا ماقام الدليل على منعه (١) بما ورد في القرآن الكريم من وجوب الوفاء بالعقود من غير تعيين ، فكل مايصدق عليه أنه عقد ، فهو واجب الوفاء بمقتضى نص القرآن ، ولقد أثبت القرآن أن كل تجارة يوجد فيها الرضا فهي مباحة تثبت لكلا العاقدين حقوقا مالية ، فكل مايطلق

---

(١) راجع الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم الجزء الخامس ص ٣٢ .
(٢) يفسر المخالفون الشرط الذى ليس في كتاب الله بالشرط الذى يخالف نصا في الكتاب .

عليه اسم التجارة من العقود يجب الوفاء بما يشتمل عليه من التزام ، بالنص وكل ما يشبه التجارة واجب الوفاء أيضاً بمقتضى القياس عليها مادام قد تحقق مناط الجواز ، وهو الرضا ؛ لأنه علة الوفاء ، والمعنى الذى من أجله كان الإلزام والإلتزام فى العقود . وآيات القرآن الكريم الواردة فى وجوب الوفاء بالعهود كثيرة متضافرة فى المعنى ، ومبينة أن الغدر ليس من الإسلام ونقيض أخلاقه وخروج عن مبادئه ، وليس العقد بين العاقدين إلا عهداً قد قيدت بأحكامه ذمتهما ، وهو غل فى أعناقهما ، فالوفاء به ، وتنفيذ موجباته من نوع الوفاء بالعهد ، والامتناع عن تنفيذ ما اشتمل عليه خيس فى العهد لا يتفق مع مبادىء الأخلاق التى يدعو إليها الدين ، ومع احترام العهود الذى يلزم به . وكيف لا يكون الوفاء فى العقود مطلوبا ؟ ! ! والآثار متضافرة عن الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، توجب الوفاء بالعهد ، وعدم خفر الذمة ، وتقبيح الغدر ، وليس الامتناع عن تنفيذ ما أوجبه العاقد على نفسه كيفما كان عقده ، ومهما يكن وصفه ، وموضوعه إلا من باب الغدر ، فالوفاء بكل عقد واجب ، ولو لم يرد به نص ، مادام لم يشتمل على أمر حرمه الشارع ونهى عنه(١) .

(٢) وقد استدل أيضاً لإثبات أن الأصل فى العقود وجوب الوفاء بها إلا ما قام الدليل على ضد ذلك بأن العقود من الأفعال التى تسمى فى لسان الفقهاء بالعادات ، وليست من العبادات ، والعادات ينظر فيها إلى عللها(٢)

---

(١) راجع رسالة العقود والشروط لابن تيمية الجزء الثالث من الفتاوى ص٣٣٣ ، ٣٣٤ ، ٣٣٥ .

(٢) عقد الشاطبى فصلا فى الموافقات يثبت فيه أن الأمور التى تعتبر من العادات لا من العبادات يتجه فيها إلى المعانى والعلل ، ويتوسع فيها ، ولا يقف المكلف عند النص ، بل يثبت الحكم فى كل ما يتحقق فيه علته ، ويثبت مناطه ، ولنقتبس منه قبسة تضىء الموضوع ، فقد قال : « ان الأصل فى العادات الالتفات إلى المعانى لأمور : (أولها) الاستقراء ، فإنا وجدنا الشارع قاصدا لمصالح العباد ، والأحكام العادية تدور معه حيثما دار : فترى الشىء الواحد يمنع فى حال لا تكون فيه مصلحة ، فاذا كان فيه مصلحة جاز كالدرهم بالدرهم إلى أجل =

ومعانيها لا إلى النصوص والآثار ، فليست عبادة يتعبد بها ، بل أحكامها معللة بمصالح الناس ، وإقامة العدل بينهم ، ودفع الفساد ، فلا يقف المكلف عند النص ، بل كل ماتتحقق فيه العلة يتعدى إليه الحكم ، وقد ناط الشارع الحكيم نقل الحقوق وإسقاطها بالرضا ، فكل عقد يتحقق فيه الرضا ، وفيه نقل حق أو إسقاط حق ، فهو واجب الوفاء ، ولو لم يرد به نص صريح مبيح ، ملزم الوفاء به ، لتحقق العلة فيه .

(٣) ومما يستدل به لهذا الرأى أيضاً أن كثرة الفقهاء ، أو أن كثرة أصحاب المذاهب المشهورة يقررون أن الأصـــل فى الأشياء والمعاملات العادية ، ومالا يتعلق بالأبضاع الحل لا الحرمة[1] ، ولاشك أن عقود المعاملات المالية من ذلك الصنف ، فكان الأصل فى الإقدام عليها الإباحة ، فمباح للشخص

= يمتنع فى البيع ، ويجوز فى القرض ، يمتنع حيث يكون ربا ، ويجوز إذا كان فيه مصلحة راجحة ولم نجد هذا فى باب العبادات مفهوما كما فهمناه فى العادات ... (والثانى) أن الشارع توسع فى بيان العلل والحكم فى تشريع باب العادات ، كما تقدم تمثيله ، وأكثر ما علل فيها بالوصف المناسب الذى إذا عرض للعقول تلقته بالقبول ، ففهمنا من ذلك أن الشارع قصد فيها اتباع المعانى ، لا الوقوف مع النصوص ، بخلاف باب العبادات ؛ فإن المعلوم فيه خلاف ذلك ، وقد توسع فى هذا القسم مالك رحمه الله ، حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة ، وقال فيه بالاستحسان ونقل عنه أنه تسعة أعشار العلم .

(والثالث . أن الالتفات إلى المعانى قد كان معلوما فى الفترات التى لم يكن فيها رسل ، واعتمد عليه العقلاء ، حتى جرت بذلك مصالحهم ، وأعملوا كلياتها على الجملة ، فاطردت لهم سواء فى ذلك أهل الحكمة الفلسفية وغيرهم ، إلا أنهم قصروا فى جملة من التفاصيل ، فجاءت الشريعة لتتم مكارم الأخلاق ، فدل هذا على أن المشروعات فى هذا الباب جاءت متممة لجريان التفاصيل فى العادات على أصول المعهودات . ومن ههنا أقرت هذه الشريعة جملة من الأحكام التى جرت فى الجاهلية ، كالدية والقسامة ... والقراض .. وأشباه ذلك مما كان عند أهل الجاهلية محمودا وما كان عندهم من محاسن العادات ومكارم الأخلاق التى تقبلها العقول ، وهى كثيرة » اهـ المراد .

راجع الموافقات الجزء الثانى ص ٢١٤ .

(١) فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث فصل العقود والشروط ص ٣٣٤ .

بمقتضى ذلك الأصل أن يباشر من العقود مايرى فيه مصلحته ، ومايحقق رغبته ، وإذا كانت العقود كلها مباحة للشخص ، ولو لم ينص عليها ، ولم ترد فى المصادر الفقهية ، فالوفاء بها لازم ؛ لوجود الإذن العام بجعل الرضا أساساً لإثبات الحقوق ، وأساساً لنقلها ، وأساساً لإسقاطها . ولوجود الإلزام العام بالوفاء بالعقود ، واحترام العهود ، وعدم الغدر ، ولقد فصل الشارع ماحرم ، فتحريم العقود التى لم يرد مايدل على تحريمها تحريم ما أحل الله سبحانه وتعالى ، وتهجم على شرعه من غير علم ولا سلطان مبين .

١٣٣ — هذه خلاصة موجزة أشد الإيجاز لأدلة الرأيين[1] ، وحجج الفريقين ، ويقول ابن تيمية إن القول بالمنع ، حتى يقوم الدليل على الإباحة ، هو قول أهل الظاهر ، وكثير من أصول أبى حنيفة تنبنى على هذا ، وكذلك كثير من أصول الشافعى ، وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد ، فإن أحمد قد يعلل أحياناً بطلان العقد بكونه لم يرد به أثر ولا قياس ، كما قاله فى إحدى الروايتين فى وقف الإنسان على نفسه ، وكذلك طائفة من أصحابه قد يعللون فساد الشروط بأنها تخالف مقتضى العقد ، ويقولون : ما خالف مقتضى العقد فهو باطل[2] ، اهـ . هذا ما حكاه ابن تيمية ، والمتتبع لعبارات الفقهاء فى الكتب المذهبية المختلفة يصدق ما نقله ذلك الكاتب الفقيه العظيم ، وهنا يجول بالخاطر سؤال يبلبل النفس ، ويثير الحيرة ، أتقف الشريعة فى نظر أولئك العلية من العلماء جامدة فتحكم بالبطلان على كل مايجد فى شئون المعاملات من عقود وشروط ؟

---

(١) من أراد الرجوع إلى أدلة الرأيين مفصلة فليرجع إلى الجزء الخامس من الأحكام فى أصول الأحكام لابن حزم ، وإلى كتاب الشروط والعقود فى الجزء الثالث من فتاوى ابن تيمية .

(٢) كتاب الشروط والعقود من فتاوى ابن تيمية الجزء الثالث ص ٣٢٣ .

إن الصفقات التجارية قد اتسع أفقها ، وتشعبت أنواعها ، وتنوع بحسب العرف التجارى ما يسترطه العاقدون ، حتى وجدت عقود لم تكن ، وتفنن الناس فى الشروط تفننا باعد ما بين العقود ، وأصولها المذكورة فى كتب الفقه ولو حكمنا ببطلان تلك العقود ، وفساد هاتيك الشروط لصار الناس فى حرج وضيق ، ولشلت الحركة فى الأسواق ، ولتقطعت العلاقات التجارية بين الناس ، بل لتقطعت الأسباب ، فلا تنمو ثروات آحاد النـــاس ، ولا تنمو ثروة الجماعات !! ذلك ما يجول فى الصدور عند ما يقرأ القارىء أن جمهرة الفقهاء يحرمون العقود والشروط إلا ما نص عليه أو أثبتته المصادر الفقهية بشكل عام ؛ ولكن القارىء الممعن فى تفهم ما يقرأ الذى لا يكتفى بالسطور ، حتى يتغلغل فيما وراءها يرى أن ذلك الرأى الغا . على أولئك السابقين من أهل الفقه ، لا يؤدى إلى تضييق المعاملات على الناس ؛ لأن الكثرة من أولئك الذين منعوا الوفاء بالعقد ، حتى يقوم الدليل ، قد وسعوا فى الأدلة المثبتة لجواز العقود ، حتى وسعت تلك الأدلة كل ما تجرى به المعاملات أو أكثره ، حتى لا يكون الناس فى ضيق ، فأكثرهم يقرر بعض أو كل الأصول الآتية :

(١) أصل المصالح المرسلة فإنها تثبت أن كل ما فيه مصلحة غير محرمة يجيزه الشارع .

(٢) وأصل الاستحسان .

(٣) وقاعدة أن ما يجرى به العرف يقره الشارع ما لم يكن مصادماً لنص .

١٣٤ — هذه الأصول لو أخذنا بها أو ببعضها وطبقناها فى العقود لوجدنا الأكثرين من الفقهاء قد فتحوا الباب ، ولم يضيقوا واسعاً على الناس ، وهم يتقاربون بهذا ممن يقولون أن الأصل فى العقود الإباحة حتى يقوم الدليل ،

وبذلك تخف حدة الخلاف ويهون الفرق. ولنعرف كل أصل من هذه الأصول بكلمة ونشير إلى تطبيقه على العقود .

ولنبدأ بقاعدة العرف وإقرار الشارع لما يجرى به ؛ فإن تلك القاعدة تفيد فى موضوعنا هذا بنص صريح ، وهى من جهة ثانية مقررة مشهورة فى كتب الحنفية وفتاويهم . فالعرف أصل ثابت عندهم ، فلقد صرح فى المبسوط بأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص ، وجاء فى شرح الأشباه للبيرى أن الأمر الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى ، ولأن العرف يعتبر من الدلالات الشرعية اعتماداً على الأثر : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »[1] ولقد يذكر الفقهاء قوة العرف لا فى إثبات الأحكام الشرعية فيما لا دليل له سواه ، بل يذكرونه فى مقام معارضته لغيره من الأدلة الشرعية وعدم معارضته ، فيذكرون أن العرف لا يعارض النص ، بل يسقط العرف بجوار النص ، ولكن العرف يعتبر إذا كان الدليل الذى يعارضه قياساً [2]، ويذكرون فى هذا المقام أن العرف عام وخاص ، وأن العرف العام هو الذى يثبت فى سائر البلاد ، والعرف الخاص يثبت فى بعضها دون بعض ، وكلاهما له أثر فى الأحكام ، على حسب قوته ، فالعرف العام لكل البلاد تثبت أحكامه لكلها والخاص ببلدة واحدة يثبت حكمه على تلك البلدة فقط[3] . ولكن العرف الذى يصح أن يكون معارضاً لأدلة الفقه الأخرى ، هو العرف العام[4] فقط ، أما العرف الخاص ، فهو لا يؤخذ به إلا فيما إذا لم يكن فى موضوعه أى دليل فقهى سواه ، ولقد أثبتوا بناء على أن العرف دليل

---

(١) راجع رسائل ابن عابدين الجزء الثانى ص ١١٥ والأشباه الجزء الأول ص ١٢٦ وما يليها .

(٢) رسائل ابن عابدين .

(٣) رسائل ابن عابدين الجزء الثانى ص ١٣٢ .

(٤) رسائل ابن عابدين الجزء الثانى ص ١١٦ .

شرعى ، وأن ما يثبته العرف يقره الشرع ما لم يمكن نص يخالفه — صحة عقد الاستصناع ، لأن التعامل جرى به بين الناس كما أثبتوا صحة كل شرط ليس من مقتضى العقد ، ولم يرد به أثر ، وفيه منفعة لأحد العاقدين ، وجرى به عرف ، وجعلوا سبب الحكم بصحته جريان العرف .

ولم يكتف الحنفية بجعل العرف له ذلك الأثر ، بل جعلوا أحكام مذهب أبى حنيفة وأصحابه قابلة للتجديد ، بجعل العرف ذا أثر فى تغييرها ، بمعنى أنه إذا ثبت أن الحكم فى مذهب أبى حنيفة بمقتضى المروى الصحيح فى كتبه خالف للعرف العام ، ولم يكن معتمداً على نص صريح ، صح للمفتى على مذهب الحنفية أن يخالف المنصوص عليه فى المذهب ، ولا يعتبر خارجاً فى فتياه عن نطاق ذلك المذهب الجليل ، فترى ابن عابدين يقول فيما إذا خالف العرف ما جاء فى ظاهر الرواية[1] : « اعلم أن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بصريح النص ، وهى الفصل الأول[2] وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأى ، وكثير منها يبنيه المجتهد على ما كان فى عرف زمانه ، بحيث لو كان فى زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولا .

ولهذا قالوا فى شروط الاجتهاد أنه لا بد من معرفة عادات الناس ، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان ، لتغير عرف أهله ، أو لحدوث ضرورة ، أو فساد أهل الزمان ، بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه أولا للزم منه المشقة والضرر بالناس . ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد ، لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن إحكام ، ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد فى مواضع كثيرة ، بناها على ما كان فى زمنه ؛

---

(١) هى الكتب التى روى فيها الإمام محمد مذهب أبى حنيفة وأصحابه .
(٢) أى الفصل الذى لا يعتبر فيه العرف ، لأنه يكون معارضاً للنص

لعلمهم بأنه لو كان فى زمنهم لقال ما قالوا أخذاً من قواعد مذهبه ، فمن ذلك إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه ، لانقطاع عطايا المعلمين التى كانت فى الصدر الأول ، ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة لضاعوا وضاع عيالهم ، ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة وصناعة لضاع القرآن والدين ، فأفتوا بأخذ الأجرة عليه ، وكذا على الأمامة والآذان ؛ مع أن ذلك مخالف لما اتفق عليه أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد من عدم جواز هذا الاستئجار وأخذ الأجرة عليه[١] ويقول فيما يجب على المفتى الإفتاء به :

« فهذا كله وأمثاله دلائل واضحة على أن المفتى ليس له الجمود على المنقول فى كتب ظاهر الرواية من غير مراعاة الزمان وأهله ، وإلا يضيع حقوقاً كثيرة ، ويكن ضرورة أعظم من نفعه »[٢] .

ومن هذا كله يستفاد أن العرف دليل شرعى عند الحنفية يثبت أحكاماً فى كل موضع خلا من دليل غيره على حكم فيه ، بل إنه يعارض القياس ، ويعتبر دونه إذا كان عاماً ، وعلى ذلك نقول : إن كل العقود التى يقرها عرفنا الحاضر كشركات المساهمة ، وغيرها مما أوجده التعامل فى العصر الحاضر هى عقود شرعية يقرها فقه أبو حنيفة ما دامت لم تخالف نصاً فى الشرع ، ويكون هذا من تقرير حرية التعاقد ، وإرسالها غير مقيدة إلا بالعرف .

١٣٥ — الاستحسان : ولننتقل بعد ذلك إلى الأصل الثانى الذى يفتح لنا الباب لحرية التعاقد وهو الاستحسان ، وقد أنكر ذلك الأصل الشافعى ، ومن نحا نحوه فى الأصول والفروع ، وقال من استحسن فقد شرع ، يقصد

---

(١) راجع رسائل ابن عابدين الجزء الثانى ص ١٢٥ ، ١٢٦ .

(٢) الرسائل الجزء المذكور ص ١٣١ . وإنا نوصى كل طالب لفقه أبى حنيفة أن يقرأ رسالة العرف منه ، فهى من لب الفقه وصميمه

بذلك أن من أفتى باستحسانه ، فقد جعل نفسه شارعا لا مجتهداً ، والشارع فى نظر الشريعة هو الله وحده ، ولكن أخذ بالاستحسان أبو حنيفة وأصحابه ، ومالك حتى أنه يروى عنه أنه قال :

« تسعة أعشار العلم الاستحسان » وقد واختلفت عبارات الفقهاء فى بيان حقيقة الاستحسان الشرعية ، فقال بعضهم إنه ما يستحسنه المجتهد بعقله من غير أن يوجد نص يعارضه أو يثبته ، بل يرجع فيه إلى الأصل العام ، وهو جريان المصالح التى يقرها الشرع ، وقال بعضهم إن الاستحسان هو الدليل الذى ينقدح فى نفس المجتهد ولا يقدر على إبرازه وإظهاره ، ولا يكون فى موضوعه دليل ناف أو مثبت ، وأحسن تعريف للاستحسان عند الحنفية ، ما قاله أبو الحسن الكرخى ، وهو أن يعدل المجتهد عن أن يحكم فى المسألة بمثل ما حكم به فى نظائرها ، إلى غيره ؛ لدليل أقوى يقتضى العدول عن الدليل الأول المثبت لحكم هذه النظائر ، ويدخل فى عموم هذا التعريف ما يقوله بعض الفقهاء من أن الاستحسان هو القياس الخفى (١) ، وفى الحق أن تعريف الكرخى يحتاج إلى بعض البيان . ولذلك نقول كلمة موجزة فى بيانه ، وذلك أن القياس ، (وهو إلحاق أمر غير منصوص على حكمه بأمر منصوص على حكمه لعلة جامعة بينهما) يقتضى الاطراد ، وشمول كل الجزئيات ، فهو يسرى بحكمه على كل أمر تحققت فيه العلة التى من أجلها شرع الحكم ، وقد يكون فى الاطراد والعموم ما يؤدى إلى ضرر فى بعض الجزئيات ، وفوات غرض الشارع ومرماه العام إذا طبقنا القضية الكلية التى اقتضاها القياس ، فالمتتبع لأحكام الشريعة يجد

---

(١) راجع فى هذا المستصفى للغزالى الجزء الأول ص ٢٧٤ وما يليها ، وكشف الأسرار على أصول فخر الإسلام الجزء الرابع ص ١١٢٣ . وقد عرف الاستحسان فى مذهب مالك بأنه الأخذ بمصلحة جزئية فى مقابل دليل كلى ، وقال ابن العربى فى أحكام القرآن إن الاستحسان هو العمل بأقوى الدليلين

مثلا أنها بينت أن مبادلة النقدين تقتضى القبض فى المجلس ، وإلا لم يصح العقد فلو عممنا مقتضى هذه القضية ، وقايسنا فى كل ما تتحقق فيه علتها ما صح القرض، ولكن عدم صحته يوقع الناس فى ضيق وحرج ، ويؤدى إلى الشح، وعدم معاونة الموسر للمعسر باعطائه وانتظاره إلى ميسرة ، وإن من أغراض الشارع العامة إيجاد أسباب التعاون ، ووصل أسباب المودة ، والتعاطف بين بنى الإنسان ؛ ولذلك شرع القرض ، وأبيح وأقر المتعاقدان عليه ، مع أنه فى مؤداه ليس إلا مبادلة نقدين ، قد فات فيها التقابض فى المجلس .

وهكذا يقال فى كثير من العقود التى كان اطراد القياس يوجب منعها ، وأجازها الاستحسان عند الحنفية ، كالمزارعة والمساقاة ولذلك يقول الشاطبى فى الموافقات : « إن مقتضى الاستحسان الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس ، فإن استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه ؛ وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع فى الجملة فى أمثال تلك الأشياء المفروضة ، كالمسائل التى يقتضى فيها القياس أمراً ، إلا أن ذلك الأمر يؤدى إلى فوت مصلحة من جهة أخرى ، أو جلب مفسدة كذلك »(١) واقد بالغ بعض فقهاء المالكية فى الاستحسان حتى قال إنه عماد العلم ، وإن المغرق فى القياس يكاد يفارق السنة .

من هذا يتضح معنى الاستحسان الذى يعده الحنفية والمالكية أصلا من أصول الفقه الإسلامى ، وإنا لو طبقناه وسرنا سير الأقدمين فيه ، وفتحنا أبوابه فى العقود لوسع كل ما تقتضيه المعاملات من العقود التى لم يرد نص صريح قاطع بتحريمها كالعقود الربوية ، فما لم يكن العقد ربا صريح فالاستحسان متسع له ، لأن الاستحسان أصل يؤخذ به عند عدم معارضة النص القاطع . فما لم يوجد نص ، وكان فى اطراد القياس تفويت لمقصد من

---

(١) راجع الموافقات الجزء الرابع ص ١١٧

مقاصد الشارع العامة ، فالاستحسان يوجب مخالفة القياس إلى ما يحقق مقصد الشارع ورفع الحرج ، ولا شك أن فى اطراد القياس مع عقود جرى تعامل الناس بها ، وإن لم ترد فى الفقه الإسلامى حرجاً شديداً ، وتضييقاً على الناس فى أمر لهم فيه متسع .

١٣٦ — المصالح المرسلة : ولننتقل بعد هذا البيان الموجز عن الاستحسان إلى الأصل الثالث الذى يوسع باب شرعية العقود ووجوب احترامها وهو المصالح المرسلة ، ويسمى فى عرف بعض الأصوليين الاستصلاح ، وهو صنو الاستحسان ، وقريب منه فى مرماه وإن كان هو أوسع شمولا . ومعناه الأخذ بكل أمر فيه مصلحة يتلقاها العقل بالقبول ، ولا يشهد أصل خاص من الشريعة بالغائها أو اعتبارها ، وإن الأخذ بذلك الأصل واعتباره أصلا من أصول الفقه الإسلامى موضع خلاف بين الفقهاء ، والآخذون به أقل عدداً من الآخذين بالاستحسان والعرف ، فلم يأخذ به سوى مالك من الأئمة الأربعة ، وحمل عليه إمام الحرمين والغزالى حملة شديدة وملخص الاحتجاج لرفضه ينتهى إلى ثلاثة أمور (أحدها) أن الأخذ بمبدأ المصالح ، ولو لم يشهد لها دليل خاص من الشارع يفتح باب الهوى والشهوة ، فيكون كل مايشتهيه الشخص ويرغبه مصلحة يبنى عليها حكم شرعى بالإباحة والإقرار ، وذلك يؤدى إلى المفاسد والبوار .

(وثانيها) أن المصالح المرسلة تختلف باختلاف البلدان وباختلاف الأقوام ، وباختلاف الأشخاص ، بل باختلاف أحوال الشخص الواحد ، فإذا جعلنا كل مصلحة تقتضى حكما يناسبها ، فقد تتناقض أحكام الشىء الواحد فى الشريعة الإسلامية ، وتتضارب ، فيكون مرة حلالا ، ومرة حراماً ، وذلك لا يجوز فى الشرع .

(وثالثها) أن المصلحة التى تناط بها أحكام الشريعة هى المصلحة التى تكون فيها المحافظة على مقصود الشارع ، ومقصود الشارع أن يحفظ على الخلق دينهم ، وأنفسهم وعقولهم ، ونسلهم ، وأموالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة ، وما كان داخلا فى ضمن هذه الكلية فالحكم فيه قياسى ، أما الحكم بمقتضى المصالح المرسلة المطلقة عن التقيد بهذه الكليات الخمس ، فهو تخييل وقد يكون هوى فلا عبرة به فى نظر الشارع الإسلامى .

وقد أجاب الذين أخذوا بالمصالح المرسلة ، وعدوها أصلا ، عن الدليل الأول والثالث بأن المصلحة المرسلة التى يعتد بها هى التى تكون ملائمة فى الجملة لأغراض الشارع ، وإن لم يشهد لها أصل خاص ، وبذلك يبتعد الهوى والتشهى عن الشرع ، والإفتاء فيه ، ومن جهة ثانية ، فالذى يفتى بالأخذ بالمصلحة المرسلة هو المجتهد ، وهو يوازن بين الغايات والمراجى الشرعية وقرب المصلحة منها وبعدها عنها ، وفى ذلك حصانة المصلحة من غلبة الشهوة والهوى المؤديين إلى الفساد . وأجابوا عن الدليل الثانى (وهو أن الأخذ بهذا الأصل يؤدى إلى اختلاف الأحكام باختلاف الأشخاص) بأن هذا لا يعيب الشريعة، بل يدل على مرونتها ، وفى تلك المرونة القوة وصلاحيتها لكل زمان ومكان، وبقاؤها ودوامها ؛ لأنها تحقق كل مصالح الناس ، وترفع عنهم كل ضرر وضرار من غير أن تمس أصولها بتغيير أو تحريف .

هذه خلاصة موجزة أشد الإيجاز فى بيان بعض أوجه النظر فى ذلك الأصل ، وإذا كان الآخذون به قلة بين الفقهاء فحسبهم أنه على رأسهم إمام دار الهجرة مالك رضى الله عنه . وإن فى الأخذ بذلك الأصل فتحا لباب التعاقد واحترامه إذا تحققت فيه مصلحة مهما تكن ما دامت متلائمة مع أغراض الشارع ؛ أو غير منافية لمرماه .

هذه الأصول الثلاثة لو أخذنا بها كلها ، أو أخذنا ببعضها ، بل لو أخذنا بأحدها ، وهو العرف لكان وحده كافياً لفتح باب التعاقد على مصراعيه ، وإطلاق الحرية للمتعاقدين ، وما ساغ لأحد أن يحكم بأن الفقهاء قد ضيقوا حرية التعاقد ، وغلقوا أبوابها فإن أقوال الفقهاء يجب أن تفهم على مقتضى أصولهم جميعاً ، باعتبارها وحدة متماسكة الأجزاء يتمم بعضها بعضاً ، ويتكون منها بنيان متناسق الأركان ، ثابت الدعائم . ولا يصح أن يؤخذ أصل من غير نظر إلى غيره ، فقد يكون فيه شدة يلطفها غيره من الأصول ، وقد يكون رخوا فيحتاج إلى أصل صلب يطوى عليه ؛ ليكون فيه نفع للعباد ، ودفع للفساد .

الشروط المقترنة بالعقود

١٣٧ — هذا جزء من حرية التعاقد ، وهو متمم لبحثها ؛ فإن الذين يفتحون باب التعاقد على مصراعيه غير مقيديه إلا بدليل من الشرع مانع يفتحون أيضاً باب الشروط فى العقود ، فيجعلون للعاقد أن يشترط فى أثناء تكوين العقد ما شاء من الشروط ، والذين يقيدون باب التعاقد ، ويستمسكون بمقتضيات العقود التى أقرها الشارع ، والآثار التى اعتبرها لا يعدونها ، لا يحترمون من الشروط إلا ما يتفق مع مقتضاها ، وقد ألمعنا إلى شىء من ذلك عند الكلام فى حرية التعاقد ، وهنا نريد أن نفصل بعض التفصيل هذا الجزء ، فإن الإشارة إليه ليس فيها غناء عن بيانه :

إن الشريعة لا تعطى حمايتها لكل الشروط التى يشترطها الناس فى عقودهم بل تعطى تلك الحماية لما يلائمها من الشروط ، وتمنعها مما يخالفها ، ومثلها فى ذلك المنع مثل القوانين الحديثة فى معاملتها للشروط المخالفة للنظام العام . فهى لا تمنحها الحماية ، ولا تجيز للمحاكم رعايتها ، بل تعتبرها جريمة فى كثير من الأحوال .

ولكن ما الضابط للشروط المحللة السائغة ، والشروط غير السائغة فى الشريعة ؟ الذى يستنبط من أقوال الفقهاء أنهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة مذاهب : فمذهب أكثر فقهاء الحنفية والشافعية ، والمالكية أن كل شرط يخالف الشرع الشريف . أو يزيد على مقتضى العقد الذى اشترط فيه من غير ورود أثر به — شرط لايقره الشرع ولا يرعاه ، كأن تشترط المرأة فى الزواج ألا يتزوج عليها ، أو لا ينقلها من بلدها ، فقد قال هؤلاء الأئمة إن هذا الشرط لايقتضيه عقد الزواج ، بل هو زائد على مايوجبه ذلك العقد من التزام ، فلا يقر ولا يلتفت إليه .

وأصول كثيرين من الحنابلة على أن كل شرط لم يقم دليل من الشرع على النهى عنه ، وعلى عدم اعتباره ، فهو ملزم يجب الوفاء به من غير تقييد بمقتضى العقد ؛ وذلك لأن الناس عند شروطهم . وعليهم رعاية عهودهم ، وإن نكثوا وحاولوا التحلل من قيودها حملهم القضاء على الوفاء به ؛ ولذا أوجب الحنابلة الوفاء بالشروط التى تصحب عقد الزواج ، كأن تشترط المرأة ألا يتزوج عليها وألا ينتقل من بلدها أو دارها ، ويجيز لها فسخ النكاح إذا تزوج عليها ، وأجازوا اشتراط أن يأخذ البائع الجارية بثمنها الذى بيعت به إذا اشترط عند بيعها ألا يبيعها لغيره ، كما أجازوا اشتراط البائع سكنى الدار المبيعة سنة ونحو ذلك ، وهكذا نرى كثيرين من الحنابلة قد فتحوا باب الشروط فى العقود من غير قيد ولا شرط إلا شرطاً واحداً ، وهو ألا يخالف الشرط شيئاً فى كتاب الله سبحانه وتعالى أو فى سنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، أو يثبت من قواعد الشريعة العامة المنع فيه .

وقال الظاهرية إنه لايعتبر من الشروط إلا ماورد النص بإثباته ، وقام الدليل على وجوب الوفاء به ؛ لأن الالتزامات الشرعية لاتأخذ قوتها من أقوال العاقدين وإراداتهما ، ولكن مما يرتبه الشارع على أقوالهم ، ويحكم

بأنه أثر لتصرفاتهم ، فما لم يرد من الشارع دليل على اعتبار الشروط التى يشترطها العاقدان لا يلتفت إليها ولا يحكم لها بأثر ، ولا تنال قوة التنفيذ تحت سلطانه .

١٢٨ — وترى من هذا أن الخلاف فى حرية الاشتراط عند التعاقد هو جزء من الخلاف فى حرية التعاقد نفسها ، ثم إن الحنابلة والظاهرية يقفان فى هذا المقام على طرفى نقيض ، أولئك يبيحون كل شرط لم يثبت فى الشرع نهى عنه ، وهؤلاء ينفون كل شرط إلا ماقام الدليل على إجازته ، ودلائل الفريقين لاتخرج عما سقناه من استدلال فى موضع النزاع فى حرية التعاقد ؛ فلنكتف بما سقناه هناك توخياً للإيجاز ، ومنعاً للتكرار .

وإنا مع ميلنا إلى طريقة الحنابلة فى الشروط التى تشترط فى العقود المالية ، وفتح بابها ، وإطلاق الحرية للمتعاقدين فى اشتراط مايريانه من شروط فيها مادامت لاتدخل فى عموم منهى عنه ، أو تخالف قاعدة مقررة فى الشريعة ، نرى أن الرأى الوسط فى الشريعة أن تقسم الشروط فى كل العقود كما قسمها الشاطبى فى موافقاته ، إذ قال : « الشروط مع مشروطاتها ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يكون مكملا لحكمة المشروط وعاضداً لها بحيث لايكون فيه منافاة لها على حال ؛ كاشتراط الكفء والإمساك بمعروف ، والتسريح بإحسان فى النكاح ، واشتراط الرهن والحميل والنقد أو النسيئة فى الثمن فى البيع ، فهذا القسم لا إشكال فى صحته شرعاً ، فإنه مكمل لحكمة كل سبب يقتضى حكما . . فإنه لما كان غير الكفء مظنة لعدم التلاؤم لأنفة أحد الزوجين أو عصبتهما ، وكانت الكفاءة أقرب إلى التمام أحد الزوجين والعصبة ، وأولى بمحاسن العادات ، كان اشتراطها ملائماً لمقصود النكاح ، وهكذا الإمساك بمعروف ، وسائر تلك الشروط المذكورة تجرى على هذا الوجه ، فثبوتها شرعاً واضح .

(والثانى) أن يكون الشرط غير ملائم لمقصود العقد، ولا مكمل لحكمته، بل هو على الضد من الأول؛ كما إذا اشترط فى النكاح ألا ينفق عليها، أو شرط فى البيع ألا ينتفع بالمبيع، أو إن انتفع فعلى بعض الوجوه دون بعض، أو شرط الصانع على المستصنع ألا يضمن الشيء المستأجر عليه وإن تلف، وهذا القسم لا إشكال فى إبطاله لأنه مناف لحكمة السبب، فلا يصح أن يجتمع معه، فإن اشتراط الناكح ألا ينفق ينافى استجلاب المودة المطلوبة فيه، وهكذا سائر الشروط، إلا أنها إذا كانت باطلة، فهل تؤثر فى المشروطات؟ هذا محل نظر.

(والثالث) ألا يظهر فى الشرط منافاة لمشروطه، ولا ملاءمة، وهو محل نظر، أيلحق بالأول أم بالثانى من جهة عدم الملاءمة ظاهراً؟ والقاعدة المستمرة فى أمثال هذا — التفرقة بين العبادات والمعاملات، فما كان من العبادات لا يكتفى فيه بعدم المنافاة دون أن تظهر الملاءمة؛ لأن الأصل فيها التعبد دون الالتفات إلى المعانى، والأصل فيها ألا يقدم عليها إلا بإذن؛ إذ لا مجال للعقول فى اختراع التعبدات؛ فكذلك ما يتعلق بها من الشروط. وما كان من العاديات يكتفى فيه بعدم المنافاة؛ لأن الأصل فيها الالتفات إلى المعانى دون التعبد، والأصل فيها الإذن، حتى يدل الدليل على خلافه»[1].

هذه كلها أصول عامة إجمالية، ولكل مذهب تفصيل لذلك الإجمال، وفيه يختلفون. فالشافعية والمالكية والحنفية اتفقوا فى الجملة على التمسك بمقتضيات العقود كما ذكرنا، ولكنهم اختلفوا فى التفصيل، وتشعبت أنظارهم، ولنذكر كلمة فى تفصيل ذلك الإجمال فى المذاهب الثلاثة.

---

(١) راجع بحث مشكلة الأوقاف للمؤلف المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة العدد السابع ص ٦٤٠ وما يليها والموافقات للشاطبى الجزء الأول ص ١٩٦، ١٩٧، ١٩٨.

١٣٩ — وتفصيل الكلام عند الحنفية أنهم يقسمون الشروط إلى صحيحة وباطلة ، وفاسدة ، وهذا التقسيم يعتمد على موافقة الشرط لمقتضى العقد الذى أقره الشارع ، والقواعد العامة للشريعة ، وعلى ورود الأثر به أو عدم الورود ، ثم على إقرار العرف وعدم إقراره ، إن زاد الشرط على مقتضى العقد ، ولم يرد به نص من الشرع ، كما يدخل فى تقدير الشارع لتأثيره فى العقد كون فيه فائدة لأحد أو ليست فيه فائدة . هذه هى الأسس التى يعتمد عليها تقسيم الشروط فى العقود عند الحنفية إلى صحيحة وباطلة وفاسدة .

(١) فالشرط الصحيح هو مايكون موافقاً لمقتضى العقد كاشتراط تسليم الثمن قبل تسلم المبيع .

(٢) أو مايكون مؤكداً لمقتضاه كاشتراط تقديم كفيل معين بالثمن المؤجل ، أو اشتراط رهن معين به ، فإن ذلك الشرط يؤكد استيفاء الثمن ، واستيفاء البائع للثمن مما يقتضيه عقد البيع ، فكل ماكان للاستيثاق من هذا الوفاء فهو مؤكد لهذا المقتضى .

(٣) أو يكون قد ورد به أثر من الشارع كاشتراط خيار الشرط مدة معلومة : فإن اشتراط الخيار مدة معلومة يكون للعاقد حق الفسخ فيها — شرط ليس من مقتضى العقد ، وليس مؤكداً لهذا المقتضى ، ولكن ورود الأثر به جعله سائغاً صحيحاً .

(٤) أو مايجرى به عرف كمن يشترى ساعة ، ويشترط على البائع إصلاحها مدة معلومة ، فهذا الشرط صحيح ، عند الأئمة الثلاثة أبى حنيفة وصاحبيه ، وقال زفر إن الشرط فاسد ، ورأيه هو القياس ؛ لأنه زائد على مقتضى العقد ، وغير مؤكد له ، وفيه منفعة لأحد العاقدين ، فيكون فاسداً ، ولكن رأى الأئمة الثلاثة أنه يجب الأخذ بالاستحسان هنا ؛ لأن العرف

مما يخصص القياس ، وقد جرى العرف بمثل هذا الشرط فيقر ، ومايجرى به العرف تؤيده الشريعة مالم يخالف نصاً أو أثراً قد ورد من الشارع الحكيم .

والشرط الصحيح يلتحق بأصل العقد ، ويستحق الوفاء على حسب قوة العقد نفسه ، ويصير جزءاً من مقتضى العقد ، فإذا اشترى شخص ساعة ، واشترط إصلاحها ، وساغ ذلك الشرط صار واجب الوفاء ، بحيث يلزم البائع بالإصلاح إذا امتنع ، وهكذا كل أنواع الشروط الصحيحة .

(ب) والشرط الفاسد ما كان غير موافق لمقتضى العقد ، ولامؤكد له ، ولم يرد به أثر ، ولا جرى به عرف ، وفيه منفعة لشخص سواء أكان أحد العاقدين أم غيرهما ، كمن يبيع سيارة ، ويشترط لنفسه الانتفاع مدة معلومة ، وكمن يبيع داراً ، ويشترط لنفسه سكناها مدة معلومة ، وكمن تتزوج رجلا على شرط ألا يخرجها من بلدها ، والشرط الفاسد إذا اقترن بعقد من عقود المبادلات المالية كالبيع والإجارة والقسمة أفسد العقد ، وإن كان العقد ليس عقد مبادلة مالية كالنكاح والهبة والحوالة والكفالة والرهن كان العقد صحيحاً والشرط لاغياً ، بمعنى أن العقد لايؤثر فيه الشرط ، ولكن الشرط لايجب الوفاء به .

وقد أحصى الفقهاء عقود المبادلات التى تفسدها الشروط الفاسدة فكانت هذه العقود : عقد البيع ، والإجارة ، والقسمة والصلح على مال ، والمزارعة والمساقاة[1] ، وما عدا هذه العقود لايعتبر عقد مبادلة ، فلا تفسده الشروط الفاسدة ، بل يصح العقد ويلغى الشرط ، فمن تزوج على شرط ألا مهر ،

---

(١) قد ذكرت بعض الكتب من بين العقود التى تفسدها الشروط الفاسدة الرجعة والإبراء وعزل الوكيل ولكن القواعد الفقهية توجب ألا تفسد هذه بالشروط الفاسدة ، لأنها ليست من عقود المعاوضات ، « راجع البحر الجزء السادس ص ١٩٣ وما يليها ، والزيلعى الجزء الرابع ص ١٣١ ومايليها فتح القدير الجزء الخامس » .

أو تزوجت على شرط ألا يخرجها من بيت أهلها يصح النكاح ، ويعتبر الشرط كأن لم يكن ، ويجب مهر المثل فى الصورة الأولى ، وتلزمها الطاعة فى الثانية ، ولا يعتبر الاشتراط بحال من الأحوال مانعاً من حق الزوج فى الطاعة ، والإمساك بمعروف ، ولكن ما العلة الدافعة للفقهاء لأن يجعلوا الشرط الفاسد مؤثراً فى صحة عقود المبادلة فيفسدها ، ولا يؤثر فى غيرها فلا يفسده ؟ نرى عبارات الفقهاء تختلف فى تعليل ذلك ، فمن المؤلفين من يذكر أن الشروط التى فيها منفعة زائدة على مقتضى العقد لأحد العاقدين أو لغيرهما ممن هو أهل للانتفاع مفضية إلى جهالة فى المعقود عليه أو فى شىء يتعلق بالمعقود ، وعقود المعاوضات تفسدها أية جهالة فاحشة فى موضوعها ، أو فى أى وصف يتعلق بذلك الموضوع ، هذا تعليل يجرى على أقلام بعض الكتاب ، وفيه نظر ؛ لأن من الشروط ما يكون معيناً تعييناً وافياً كافياً لايفضى إلى جهالة ، ولو كانت يسيرة تغتفر فى عقود المعاوضات ، ولذلك عدل عن هذا التعليل أكثر الكتاب فى الفقه ، واعتمدوا على تعليلين ذكرتهما الهداية : (أحدهما) أن فى اشتراط شرط زائد على مقتضى العقد وجود عقدين فى عقد واحد ، فمن باع داراً ، واشترط سكناها سنة ، فإن كان جزء من الثمن مقابلا لهذه السكنى ، كما هو ظاهر الحال كان ذلك العقد بيعاً وإجارة معاً ، وإن كانت السكنى لا يقابله جزء من الثمن كان العقد بيعاً وإعارة معاً ، وقد ورد الأثر بالنهى عن صفقتين فى صفقة ، (ثانيهما) أن الأثر قد ورد بالنهى عن بيع وشرط ، فكل بيع مع شرط زائد على مقتضاه منهى عنه ، فيفسد العقد بسبب هذا النهى ، ويقاس على البيع كل عقود المعاوضات ؛ لأنها فى معنى البيع ؛ إذ كل عقد من عقود المعاوضة يتضمنه فى ناحية من نواحيها . ويضاف إلى هذين التعليلين ماجاء فى فتح القدير والزيلعى من أن اشتراط منفعة زائدة على مقتضى العقد ربا ، وعقود المعاوضات تفسدها الشروط الربوية ، أما غيرها من العقود فلا يتصور

فيها الربا[١] .

هذه تعليلات الفقهاء من الحنفية التي ذكروها في بيان السبب في تأثير الشروط الفاسدة وإفسادها لعقود المعاوضات ، وعدم تأثيرها في غيرها ، ونرجو أن نكون قد بينا وجهات نظرهم ، وإن كنا لا نوافق على مسلكهم .

(ج) والشرط الباطل ، ماليس موافقاً لمقتضى العقد ، ولا مؤكداً له ، ولم يرد به أثر ، ولم يجر به عرف ، وليس فيه نفع لأحد العاقدين ، ولا لغيرهما ممن هو أهل للانتفاع ، كمن يبيع سيارة ، ويشترط على المشترى ألا يستعملها إلا في أحوال خاصة ، أو في زمن معين ، وفي الجملة يقيد انتفاعه بها بأى نوع من أنواع التقييد ، فهذا الشرط ليس فيه نفع لأحد ممن هو أهل للانتفاع ، فيكون باطلا ، ولذلك يلغى ، ولا يؤثر في العقد بفساد أو بطلان ، سواء أكان العقد عقد معاوضة أم كان غير معاوضة[٢] .

١٤٠ — هذا تفصيل موجز للشروط وأقسامها وأثرها في العقود في مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، ولنتكلم عن الشروط وأقسامها عند المالكية . والمتتبع لفروعهم المستقرى استقراء ممكناً لها ، يرى أنهم يرون أن كل شرط لا يتفق مع مايشترطونه لصحة العقد الذى اقترن به يكون مفسداً للعقد ، لأن العقد حينئذ لم يستوف شروط صحته ، فلم تثبت حقيقته الشرعية ، هذا أصل ، وهناك أصل آخر ، وهو أن كل عقد يناله الغرر والجهالة بسبب شرط من الشروط التي يشترطها العاقدون ، فإن ذلك الشرط يكون مفسداً للعقد ، إن تمسك به العاقد الذى اشترطه ، وإن لم يتمسك به وتنزل عنه صح العقد ولغا الشرط[٣] .

---

(١) راجع فتح القدير الجزء الخامس ص ٢١٧ ، ٢١٨ وراجع الزيلعي الجزء الرابع ص ٣١ ، ٣٢ .

(٢) راجع في هذا رسالة العقود والشروط لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد ابراهيم بك .

(٣) راجع بداية المجتهد ، ونهاية المبتدىء الجزء الثاني ص ١٣١ .

وعلى هذين الأصلين قسموا الشروط إلى ثلاثة أقسام : (القسم الأول) الشروط التي يشترطها أحد العاقدين وفيها منفعة له ، وليس فيها منع للعاقد الثاني من حق أعطاه له الشارع بمقتضى العقد ، كأن يشترط البائع لنفسه سكنى الدار المبيعة مدة يسيرة ، هي شهر وقيل سنة ، ففي هذه الحالة لم يمنع المشترى في الجملة من حق اكتسبه بمقتضى البيع ، وعلى ذلك يصح العقد والشرط[1] .

(القسم الثاني) الشروط التي فيها منع لأحد العاقدين من حق أعطاه له الشارع مقتضى للعقد من غير أن يكون في الشرط جهة بر ، ومثال ذلك أن يبيع شخص لآخر عيناً من الأعيان ، ويشترط عليه ألا يبيعها ، ففي هذا منع له من حق أعطاه له الشارع ، إذ أعطاه الشارع بمقتضى البيع ملكية مطلقة تعطيه التصرفات الشرعية كلها فيها ، فأى حد لتلك التصرفات هو منع من حق اكتسبه من العقد ، فيكون منافياً لمقتضى العقد .

(القسم الثالث) الشرط الذى يكون فيه بر كأن يبيع عقاراً ، ويشترط على المشترى وقفه مسجداً تقام فيه الصلوات ، فإن كان التنفيذ مشروطاً فيه

---

(١) يظهر أن هذا القسم من الشروط لايكون لازما ، وواجب الوفاء بالنسبة للأنكحة ، بل إنه يكون غير مفسد للعقد ، ولكن يستحب الوفاء به ، ولا يجب ،ولذا جاء في مقدمات ابن رشد مانصه « أما الشروط المطلقة في النكاح فمن أهل العلم من أوجبها ، وروى القضاء بها ، وروى عن ابن شهاب أنه قال أدركت من العلماء من يقضون بها ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم بها الفروج ..... والمعلوم المعروف في المذهب أنها لا تلزم ، لكنها يستحب الوفاء بها » ومن أمثلة تلك الشروط أن يتزوجها ويشترط في العقد ألا يتزوج عليها ، فالعقد صحيح ، والشرط غير لازم ، ولكن الوفاء به مستحب . ولقد كان مالك رضى الله عنه ينهى العاقدين أن يشترطا في النكاح شروطاً . وقد قال رحمه الله : « أشرت على قاض أن ينهى الناس أن يتزوجوا على الشروط ، وألا يتزوجوا على دين الرجل وأمانته ، وقد كتب بذلك كتاباً ، وصيح به في الأسواق ، وعابها عيباً شديداً » . راجع المقدمات الجزء الثانى ص ٥٩ ، ٦٠ .

التعجيل صح العقد والشرط ، وإن لم يكن التعجيل مشروطاً فيه لم يصح ؛ للغرر الذى قد يفضى إلى التنازع فى الزمن الذى يجب فيه إنشاء الوقف ، أو البر .

هذا وقد انفرد الإمام مالك من بين الفقهاء برأى فى الشروط التى تفسد العقود ، وهو أن الشرط الذى يفسد العقد إن لم يتمسك به مشترطه ، ينقلب العقد صحيحاً لزوال سبب الفساد ، وقد خالفه فى ذلك جمهور الفقهاء ، ووجهة نظره فى ذلك أن الفساد جاء بسبب الشرط لمعنى معقول فيه معلل به ، وهو وجود الشرط المنافى لمعنى العقد ومقتضاه ، فإذا زالت تلك العلة التى أوجدت الفساد زال معها .

١٤١ — هذه إشارة إلى أقسام الشروط عند مالك ، أما عند الشافعى ، فتقسيم الشروط يتقارب جداً مع التقسيم الذى يذكره المؤلفون فى مذهب أبى حنيفة وأصحابه ، وقد ذكر ذلك التقسيم فى فتح العزيز على وجيز حجة الإسلام الغزالى رضى الله عنه ، فقد جاء فيه ما خلاصته : « الشرط ينقسم إلى : (١) ما يقتضيه مطلق العقد ، كالقبض وجواز الانتفاع والرد بخيار العيب فى البيع وهذا شرط صحيح لا يضير ذكره ، ولا ينقص العقد إهماله .

(٢) وما لا يقتضيه العقد ولكن فيه مصلحة للعقد نفسه ، كشرط الرهن بالثمن المؤجل ، وتقديم الكفيل به ، وشرط وصف خاص فى المبيع ، ونحو ذلك ، وهذا شرط صحيح أيضاً يجب الوفاء به .

(٣) شرط ليس فى مصلحة العقد ، ويورث غرراً يؤدى إلى التنازع أو فيه منع لمقتضى العقد الذى أقره الشارع الإسلامى ، كشرط قرض مع بيع ، وكشرط ألا يتصرف المشترى فى المبيع ببيع ونحو ذلك من الشروط

التي تؤدى إلى نزاع ، أو فيها ما يمنع بعض ما جعله الشارع مقتضى للعقد ، وهذا النوع من الشروط غير صحيح ، واقترانه بالعقد يفسده .

(٤) وشرط ليس فيه نفع لأحد يستحق الانتفاع ، وهذا شرط لاغ لا يضير العقد ، ولا يفسده ، ولا يجب الوفاء به »[1] .

وهذا التقسيم يتلاقى في أكثر نواحيه مع تقسيم الحنفية للشروط ، ولكن الشافعية أجازوا من الشروط في البيع ما لم يجزه الحنفية ، فأجازوا البيع بشرط العتق ، وهم في ذلك يتفقون مع المالكية ، فإنهم يجيزون ذلك أيضاً ، وقد نوهنا إليه فيما مضى ؛ إذ ذكرنا أنهم يقولون إن الشرط الذي يكون زائداً على مقتضى العقد ، وفيه قربة عاجلة يصح ، ويلزم ، والعتق قربة بلا ريب .

١٤٣ — هذه هي المذاهب الثلاثة مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي رضي الله عنهم ، وهي تشترك جميعها في أنها تقيد باب الشروط بقيود تختلف اختلافاً يسيراً في السعة والضيق ، ولكنها تتقارب في جملتها . أما مذهب الإمام أحمد بن حنبل فهو أوسع رحاباً ، وأخصب جناباً بالنسبة للشروط ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى ، إذ بينا أن الأصل عند أكثر الحنابلة في الشروط وجوب الوفاء بها إلا ما قام دليل من الشارع على عدم صحته ، ولذلك حكموا بصحة كل الشروط ، ولكنهم استثنوا نوعين منها حكموا بفسادهما ، لورود الأدلة الشرعية بذلك (أحدهما) كل شرط في عقد يتضمن إنشاء عقد جديد ، كأن يبيع عيناً لامرأة بشرط أن تتزوجه ، أو يبيع شيئاً بشرط أن يعقد عقد صرف في الثمن ، فإن هذه شروط تتضمن عقداً جديداً ، وقد ورد

---

(١) ملخص من شرح الوجيز الجزء الثامن ص ٢٠٤ ، ٥ ٢ طبعة جماعة العلماء .

النهى عن صفقتين فى صفقة[1] ، (ثانيهما) أن يشترط شرطاً فيه منع للعاقد من الانتفاع بما أثبته له من حقوق ، كالبيع بشرط ألا يهب ونحو ذلك ، فهذه شروط فاسدة قيل إنها تفسد العقد عند الحنابلة . وفى رواية إنها لا تفسده ، وقيل إنها المنصوص عن أحمد ، فعلى ذلك يكون العقد صحيحاً ، والشرط لاغياً ، وقد ثبت ذلك بدليل شرعى ، وهو القياس على حديث بريرة المشهور الذى قال فيه النبى صلى الله عليه وسلم « ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله » وقد تقدم .

هذه خلاصة اتجاهات الفقهاء فى الشروط ، وإذا لاحظنا ما فيها من قيود فى الجملة ، ورجعنا عند ملاحظة هذه القيود إلى القواعد التى ذكرناها فى باب حرية التعاقد السابق ، وهى قاعدة احترام ما يجرى به العرف ، وقاعدة الاستحسان ، وقاعدة المصالح المرسلة أمكننا أن نأخذ من مذاهب السابقين بالنسبة للشروط طريقاً وسطاً لا ترهقه القيود ، ولا تمنع فيه المصالح التى يراها الناس ، ولا يمنعها الشرع ، والله عليم خبير .

---

(١) ويلاحظ أن الحنابلة لا يعتبرون كل شرط زائد على مقتضى العقد ، وفيه منفعة لشخص صفقتين فى صفقة كالحنفية ، بل إن ذلك خاص بحال ذكر عقدين فى عقد .

صيغة العقد ومقدار اتصالها بآثاره

١٤٣ — الصيغة التي يكون بها العقد قد تكون منشئة له غير مؤخرة لآثاره وأحكامه، بل توجد الآثار بمجرد تمامها، وقد تكون منشئة للعقد في الحال، ولكنها تؤخر أحكامه إلى المستقبل، وقد تكون غير منشئة للعقد نفسه في الحال، بل من شأنها أن تؤخر وجوده إلى المستقبل، وعلى ذلك تكون للصيغة ثلاث أحوال، ويسمى العقد في الأولى منجزاً، وفي الثانية مضافاً إلى المستقبل، وفي الثالثة معلقاً.

(١) فالعقد المنجز ما كان بصيغة من شأنها أن تفيد وجود العقد وأحكامه في الحال، أي بمجرد تمامها، كالبيع والنكاح ونحو ذلك، فإنهما لا ينعقدان إلا بصيغ تفيد وجود العقد وأحكامه في الحال.

(ب) والمضاف إلى المستقبل ما كان بصيغة تفيد وجود العقد في الحال، ولكن تفيد بذاتها أيضاً تأخر أحكامه إلى المستقبل، كمن يعقد عقد إجارة دار لسكناها على أن تبتدىء السكنى بعد شهر من وقت العقد، وكمن يقول لعبده أنت حر غداً على اعتبار أن العقد قد ينشأ بإرادة منفردة، فالعقد في هذه الحال ينشأ، ولكن أحكامه كلها تؤخر إلى المستقبل، وهو الزمن الذي يعين فيه ابتداء تنفيذ أحكام العقد، ولذا لو اشترط في الإجارة المضافة إلى زمن مستقبل تعجيل الأجرة، لم يلتفت إلى هذا الشرط؛ لأنه يهدمه ويلغيه إضافة العقد إلى المستقبل، إذ تلك الإضافة تقتضي ألا يثبت شيء من أحكام العقد إلا بعد حلول ذلك الزمن الذي أضيف إليه، وفي اشتراط تعجيل الأجرة تنفيذ وتعجيل لأحكامه عن وقتها، فلا يلتفت إليه.

ولذا يقول الفقهاء إن العقد المضاف إلى المستقبل ينعقد سبباً في الحال،

ولكن السببية لا تعمل عملها إلا فى المستقبل [1] .

(ج) والعقد المعلق ما كان بصيغة ترتب وجود العقد على أمر يوجد فى المستقبل ، كمن يقول إن جاء ابنى من السفر سالماً تصدقت بكذا ، أو إن ثبت ما يدعيه إبراهيم على محمد من دين فأنا الكفيل بأدائه ، أو إن بلغ ثمن قنطار القطن أربعة جنيهات فمحمد وكيل ببيع قطنى ، ففى كل هذه الصور لم يوجد العقد فى الحال ، بل الصيغة تفيد احتمال وجوده فى المستقبل ، فلا تجب الصدقة إلا بعد حضور ابنه سالماً ، ولا تنعقد الكفالة إلا بعد إثبات الدين ، ولا تكون الوكالة إلا إذا بلغ ثمن قنطار القطن أربعة جنيهات ، وما لم يوجد أمر من هذه الأمور لم يوجد عقد ، وعلى ذلك يكون الفرق بين تعليق العقد وإضافته إلى المستقبل أن تعليق العقد يقتضى ألا يوجد حتى يوجد الأمر الذى رتب وجوده عليه ، فمن قال لامرأته أنت طالق إن دخلت دار فلانة ، فلا يثبت طلاقه ، حتى يوجد الدخول ، أما إضافة العقد إلى المستقبل فتقتضى وجوده فى الحال ، ولكن أحكامه هى التى تؤخر إلى المستقبل .

---

(١) قد يبدو بادى الرأى أن إضافة العقد كاشتراط الخيار فيه ، أو أن العقد المضاف كالعقد الموقوف ، لأن كليهما ينعقد فى الحال ، وتؤخر الأحكام إلى الاستقبال ، إذ تؤخر فى الموقوف الى الإجازة وفى المشروط الخيار إلى سقوطه ، ولكن يفرق بين العقد المضاف وبين العقد الموقوف والمشروط فيه الخيار بأمرين (أحدهما) أن تأخير الأحكام فى العقد المضاف يكون من ذات الصيغة المنشئة للعقد ، لا من أمر خارج عنها بخلاف العقد مع خيار الشرط والعقد الموقوف ، فإن تأخير الحكم فيهما ليس ناشئاً عن الصيغة المنشئة ، ولكن من أمر زائد عليها فى خيار الشرط ، ومن أمر خارج عنها فى البيع الموقوف (ثانيهما) أن العقد المضاف أحكامه لا يمكن أن تثبت قبل الزمن المضاف إليه بحال من الأحوال . أما العقد المشروط فيه الخيار ، أو الموقوف ، فإنه بإبطال خيار الشرط أو بإجازة العقد تكون الأحكام ثابتة من وقت العقد ، بمعنى أنها تثبت مستندة إلى وقت العقد وانشائه ، أو على حد تعبير علماء القانون يكون له أثر رجعى ، لأن إبطال الشرط تقرير للعقد من وقت وجوده تقريراً تثبت معه كل أحكامه ، فتثبت من وقت العقد ، وإجازة العقد الموقوف كذلك . أما العقد المضاف فأحكامه لا تثبت إلا من وقت حلول الزمن المضاف إليه ، لأنه لا يوجد سبب لثبوتها قبل ذلك ، راجع فيها مرآة الأصول الجزء الثانى ص ٤٠١ ، ٤٠٢ .

فالعقد المضاف موجود بمجرد تمام الصيغة ، أما العقد المعلق فلا يوجد ، ولا ينعقد سبباً لأحكامه إلا بعد وجود الأمر الذى رتب وجوده عليه ؛ ولذا يقولون إن العقد المعلق قبل وجود الأمر المعلق عليه لأحكامه إسماً فقط ، وليس سبباً فعلياً ولا حقيقة . لأن تأثيره فى إثبات الأحكام لا يكون إلا بعد وجود الشرط المعلق عليه ، أما المضاف فهو مؤثر فى وجود الأحكام وإثباتها ، ولكن يتأخر وجودها إلى الزمن الذى أضيفت إليه .

١٤٤ — والتفرقة بين العقد المعلق والمضاف هى مذهب الحنفية والمالكية ، أما مذهب الشافعى وأصحابه فلا يفرق بين العقد المعلق والعقد المضاف ؛ إذ كلاهما ينعقد سبباً فى الحال ، ولكن تتأخر الأحكام إلى المستقبل فى كليهما عند الشافعى ، لأنه موجود بمجرد وجود الصيغة ، والتعليق أثره فقط فى تأخير الأحكام ، وظهور الآثار واستقرار الالتزام[1] ، وقد استدل الشافعى لرأيه هذا بأمرين :

(أحدهما) أن الصيغة التى فيها تعليق على شرط كقول الكفيل إن ثبت دين محمد على إبراهيم فأنا كفيل به ، الموجب للعقد فيها هو الجزاء أى الجواب ، فالموجب لعقد الكفالة فى مثال العبارة : « أنا كفيل به » فهذه العبارة هى المنشئة لعقد الكفالة ؛

---

(١) وقد انبنى على هذا الخلاف فى العقد المعلق بين الشافعية والحنفية خلاف فى مسائل منها أن تعليق الطلاق على الزواج يصح عند أبى حنيفة ولا يصح عند الشافعى ، لأن الطلاق المعلق يوجد فى الحال ، ولكن يؤخره أثره إلى المستقبل ، وإذا كان يوجد فى الحال فلابد أن تكون المرأة صالحة له فى الحال بأن تكون زوجة بالفعل ، والحنفية الذين قالوا إن العقد المعلق لا يوجد إلا عند وجود الشرط قالوا إن التعليق يصح ، لأن شرط المحلية يكون عند الانعقاد وهو وجود الشرط ، ومنها أنه يجوز الالتزام الذى أوجده العقد المعلق قبل وجوده عند الشافعى ، ولا يجوز عند أبى حنيفة وأصحابه ، فإذا قال شخص لله على نذر أن أتصدق بكذا إن نجح ابنى فى امتحانه ، يصح أن يتصدق قبل الامتحان ، ويجزيه عن الواجب بعد النجاح ، عند الشافعى ، ولا يجزيه عند الحنفية .

إذ لو صدرت من غير تعليق لأنشأت الكفالة فى الحال ، ووجود الشرط بجوارها لا يزيل كونها سبباً ، ولكنه يؤخر الحكم والأثر فقط ، لأننا لو قلنا إنه يزيل كونها سبباً ما انعقدت كفالة بعد ذلك ؛ إذ لو انعقدت لكانت بغير سبب يؤثر فى إنشائها ووجودها . فقد أزال التعليق السببية عما يصلح لها من الصيغة ، وذلك باطل ، إذ من المتفق عليه أنها سبب بيقين عند وجود الشرط المعلق عليه ؛ وإن قلنا إن الشرط لا يزيل السببية ولا يؤخر الأحكام كان التعليق على الشرط لغواً ، وذلك باطل ، لأن للتعليق قصداً قصده المتكلم المنشىء للالتزام بذلك القول ، وإذا بطل كون الشرط يزيل السببية وبطل كونه لا أثر له . فلم يبق إلا أنه لا يزيل السببية ولكن يؤخر الالتزام ، وعلى ذلك يكون العقد المعلق منعقداً فى الحال ، وحكمه يتأخر إلى وقت وجود الشرط .

(ثانيهما) أن العقد المعلق إذا صدر من صحيح سليم القوى ثم جن قبل حصول الشرط ، وحصل الشرط بعد ذلك وقع الالتزام المعلق ، ووجد ، فإذا قال صحيح سليم القوى لزوجته أنت طالق إن زرت فلانة ، ثم جن ، فزارتها بعد جنونه وقع الطلاق ، وهذا دليل على أن المعلق ينعقد سبباً بمجرد وجوده ، إذ لو كان انعقاده متأخراً إلى وجود الشرط ما انعقد فى هذه الصورة ، لأن العاقد ليس أهلا للانعقاد فى وقته ؛ إذ المجنون ليس أهلا لأن يصدر عنه العقد وقت جنونه .

وقد استدل للحنفية بأمرين أيضاً (١) : (أحدهما) أن الجواب ليس هو وحده السبب فى وجود الأحكام إذا اتصل بالشرط فى الجملة المفيدة للتعليق ،

---

(١) اعتمدنا فى هذه الأدلة وأدلة الشافعى على كتاب كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام الجزء الثانى ص ٥٩٢ وما يليها ، وقد تصرفنا فى توجيهها .

بل يصير جزءاً من هذه الجملة لايفيد وحده الفائدة ، وإنما يفيدها التركيب كله ، فإذا قال شخص إن ثبت الدين كنت الكفيل بأدائه لا تكون عبارة كنت الكفيل بأدائه هي السبب في وجود الكفالة وأحكامها وحدها ؛ لأنها في هذه الحالة صارت جزءاً من تركيب ، والتركيب كله هو الذى ينعقد سبباً مقصوداً مؤدياً للمعنى المفهوم من مجموعه لا من أجزائه ، هكذا تقول اللغة وعلماؤها ، وهكذا يقصد المتكلمون ، فقصر الدلالة على أحد جزءى الكلام ليس مما يتفق مع مقاصد المتكلمين ، ولا مع ما يقرره اللغويون ، وإذن يجب فهم الكلام على أساس أن الجملة الشرطية كل أجزائها متساوية فى الدلالة على مضمونها ، مقدمها وتاليها فى ذلك سواء . والجملة الشرطية فى مجموعها تفيد وجود الجزاء عند وجود الشرط ، فتفيد إذن وجود العقد عند وجود الأمر المعلق عليه ، فقبل وجود ذلك الأمر لم يوجد عقد .

(ثانيهما) أنه لا يمكن أن يقال إن العقد وجد وتأخرت أحكامه ؛ لأن تأخير الأحكام معناه تأجيلها إلى زمن تتحق فيه وتثبت ، والحال عندالتعليق ليست كذلك ، إذ الحال عند التعليق أن الأمر الذى علق العقدعليه قد يوجد ، وربما لا يوجد ، ففى حال وجوده لا مانع من أن نقول إن العقد وجد قبل ذلك ، ولكن تأخرت أحكامه إلى حين وجود الشرط ، ولكن فى حال عدم وجوده ، بل التأكد من عدم وجوده أيستمر العقد موجوداً وحكمه متأخراً ؟ وإلى أى زمن مع أنه من المؤكد أنه لا يحصل الأمر المعلق عليه ؟ ففى مثال الكفالة السابق إن لم يثبت الدين أيستمر عقد الكفالة موجوداً وحكمها متأخراً إلى غير زمن ، وإلى غير غاية ؟ وإن قلنا إن العقد قد بطل فما الذى أبطله ، وما الذى سلبه معنى السببية التى ثبتت له ؟ لا مخلص من هذا إلا أن نقول إن عدم تحقق الشرط أزال وجود العقد ، وما علمنا فى قضايا العقل ، وبداهة الفكر أن عدم شىء يزيل شيئاً موجوداً محققاً ثابتاً ، إلا إذا كان

ذلك الموجود قد ارتبط وجوده وعدمه بوجود ذلك الشيء المعدوم ، وذلك يؤدي حتما إلى أن نقول إن وجود الشرط هو السبب في وجود العقد ، وذلك ما لا يقوله الشافعي وأصحابه ؛ لأنهم يفرضون العقد موجوداً قبل وجود الشيء المعلق عليه .

١٤٥ — وليست كل العقود يجوز انعقادها بهذه الصيغ المختلفة ، بل بعضها يصح انعقاده بكل هذه الصيغ ، وبعضها لا ينعقد إلا بصيغة خاصة منها ، ولنذكر في كل صيغة ما ينعقد بها من العقود ، وما لا ينعقد ؛ وأساس الجواز والمنع فيها .

أما صيغة التنجيز ، فهي أهم صيغ العقد شمولا ؛ لأن الأصل أن من يريد التعاقد يقصد إلى وجود العقد وأحكامه في الحال ، ولا يعمد إلى تأخير أحدهما إلى لغاية قد تتفق مع مقتضى العقد الذي هو بصدد إنشائه ، وربما لا تتفق ، لذلك كانت العقود كلها تصح منجزة ، ما عدا عقدين ؛ لأنهما في معناهما ومقتضاهما لا يكونان منجزين ، وهما عقد الوصية وعقد الإيصاء [١] ، فمعنى هذين العقدين لا يتفق مع التنجيز ، فإن أحكامهما لا يمكن أن تكون إلا من بعد الوفاة ، ولذلك لا يقبلان التنجيز أصلا ، وغيرهما من العقود يصح أن يكون منجزاً من غير أي استثناء .

١٤٦ — أما الإضافة ، فالعقود تنقسم بالنسبة لانعقادها معها وعدم انعقادها إلى ثلاثة أقسام :

(ا) عقود لا تكون إلا مضافة ، وهي عقود الوصية والإيصاء ، فإن هذه العقود لا تكون إلا مضافة إلى ما بعد الموت ، ولا يمكن أن تكون

---

(١) الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، والإيصاء إقامة الأب وصياً على أولاده من بعد وفاته ، أو إقامة الجد وصياً على أحفاده من بعد وفاته .

أحكامها بحال من الأحوال متصلة بإنشائها ، وقد بينا ذلك ، غير أنها أحياناً تكون مع الإضافة معلقة على شرط وقد تكون غير معلقة ، ومثالها معلقة الشرط أن يقول شخص إن حكم لى بملكية هذه الدار فهى وصية بعد موتى لفلان ، فى هذه الحال ، تكون الوصية معلقة على شرط ، وإذا تحقق ذلك الشرط ، ووجد العقد بمقتضى ذلك التحقق تؤخر الأحكام إلى ما بعد الموت ، وتكون مضافة إليه .

(ب) عقود لا تنعقد بصيغة مضافة ، وهى العقود التى تفيد تمليك الأعيان فى الحال ، وعقد الزواج ؛ وذلك لأن هذه العقود يمكن أن تكون آثارها وأحكامها متصلة بصيغتها ؛ وما أمكن ذلك فلا بد أن تكون الصيغة مفيدة له لأن تأخير الأحكام عن صيغتها إهمال لهذه الصيغة ، وإبقاء لها من غير عمل مدة من الزمان ، وذلك لا يجوز ، فما دام يمكن أن يتصل الحكم بالعقد وجب أن يتصل به ؛ ولأن هذه العقود وضعت شرعاً لإفادة التمليك أو ما يشبهه فى الحال ، فإذا كانت الصيغة غير مؤدية لذلك فى الحال كانت غير محققة لهذا المقتضى فلا تدل على العقد ، فلا ينعقد العقد بها .

(ج) عقود يصح أن تكون منجزة ، ويصح أن تكون مضافة إلى المستقبل ، وهى عقود التمليكات التى لا يمكن تحقيق مقتضاها متصلة بصيغتها كالإجارة ، والإعارة ، والمزارعة والمساقاة ، فإنها لتمليك المنافع ، والمنافع لا تملك دفعة واحدة ، بل تتحقق ساعة فساعة ، فلا توجد إذن المنفعة المعقود عليها كلها متصلة بالعقد ، وإذا كان مقتضى هذه العقود كذلك ، وأنه لا يمكن اتصاله بصيغة إنشائها صحت مضافة إلى المستقبل ، ومن هذا القسم الذى يصح منجزاً ومضافاً إلى المستقبل عقود الإسقاطات كالعتق والخلع ، والطلاق

بشكل عام ، والإطلاقات (١) كالوكالة والقضاء ، والإدارة والإذن فى التجارة ، وعقود الالتزامات بما لم يكن لازماً كالكفاله والحوالة ، فإنهما يفيدان التزاما فى معنى التبرع لم يكن لازماً ، وصحت إضافة هذه العقود جميعها ؛ لأن مقتضاها لا يوجد عقب إنشائها كاملا .

١٤٧ — هذه هى أقسام العقود بالنسبة لانعقادها مضافة إلى المستقبل وعدم انعقادها . والعقود بالنسبة للتعليق تنقسم إلى ثلاثة :

(ا) عقود لا تقبل التعليق مطلقاً ، وهى تشمل كل العقود التى تفيد التمليك سواء أكانت عقود معاوضة أم عقود تبرع ، وسواء أكانت لتمليك المنفعة أم لتمليك الرقبة كما يشمل عقود الزواج والخلع والرهن (٢) .

وقد علل فقهاء الحنفية عدم قبول هذه العقود للتعليق بأن التعليق قمار ؛ لأنه ترتيب وجود العقد على أمر غير موجود فى الحال ، ولكنه محتمل الوجود فى المستقبل ، فكان إنشاء العقد المعلق احتماليا صرفاً ، يحتمل الوجود ويحتمل العدم ، وكلاهما متوقف على ما يتكشف عنه المستقبل ، فمن قال إن جاء ابنى من السفر سالماً ، فقد وهبت لك كذا ، فقد جعل الهبة قابلة للوجود والعدم على حسب ما يكشف عنه المستقبل ، وهو غيب وقت العقد ، وليس هذا إلا قماراً ، وما كانت تلك العقود الباتة بشأنها وكونها ، والتى تفيد الالتزام بحقوق وإنشاء أملاك تعقد مع القمار .

وعلل ذلك فقهاء المالكية كما فى الفروق بأن انتقال الأملاك يعتمد على

---

(١) معنى الإطلاق التمكين من تصرف ما كان للشخص ، وهذه العقود هى الأمارة والوكالة والقضاء ، وكلها تمكين من تصرف كان ممنوعاً .

(٢) ومما لا يصح تعليقه أيضاً التقييدات ، وهى مقابل الإطلاقات ، كعزل الوكيل ، والحجر على المأذون له فى التجارة . وقد نص الفقهاء أيضاً على أنه مما لا يجوز تعليقه الإبراء مع أنه فى ظاهره إسقاط ، ولكن عللوا عدم تعليقه بأنه تمليك للدين لمن عليه الدين فى المعنى فهو داخل فى قسم ما يفيد التمليك من العقود .

الرضا بالعقد والتزاماته ، ومع التعليق على أمر غير موجود في الحال ، لا يتحقق الرضا بالعقد ، وآثاره وأحكامه ، ألا ترى أنه ترك الأمر إلى المستقبل وما يكنه له ، فلم يثبت بذلك رضا بأمر مستقر ثابت ، وما بهذا تنتقل الأملاك ، وتثبت الحقوق [١] .

(ب) عقود لا تقبل التعليق بكل الشروط ، ولكنها تقبلها بالشرط المتعارف والشرط الملائم ، وهي عقود الكفالة والحوالة والإطلاقات كالإذن للصبي بالتجارة ؛ فهذه العقود تنعقد مع التعليق إن كان الشرط المعلق عليه متعارفاً ، أو كان ملائماً لمقتضى العقد ، بأن كان يعاون ذلك المقتضى ، ويوثقه أو بينه وبينه ملابسة تجعله غير متنافر معه . وقد فسر بعض الفقهاء الشرط الملائم الذي يصح التعليق عليه بأنه :

(١) ما كان شرطاً للزوم الحق نحو قوله إن استحق المبيع فأنا الكفيل بالثمن .

(٢) أو كان شرطاً لإمكان الاستيفاء مثل إن قدم زيد ولم يؤد فعلى ما عليه من الدين .

(٣) أو شرطاً لتعسر أو لتعذر الاستيفاء من الأصيل في الكفالة أو الحوالة ،

---

(١) وهذا نص ما جاء في الفرق : « لا يصح التعليق على الشرط بأن يقول إن قدم زيد فقد بعتك أو آجرتك ، بسبب أن انتقال الأملاك يعتمد الرضا ، والرضا إنما يكون مع الجزم ، ولا جزم مع التعليق ؛ فإن شأن المعلق عليه أن يكون بحيث يعترضه عدم الحصول ، وقد يكون معلوم الحصول كقدوم الحاج وحصاد الزرع ، ولكن الاعتبار في ذلك بجنس الشرط ، دون أنواعه وأفراده . فلوحظ المعنى العام دون خصوصية الأنواع والأفراد » اهـ بتصرف قليل .

راجع الجزء الأول من الفروق ص ٢٢٩ . ويلاحظ أن مذهب مالك رضي الله عنه يجيز التعليق في التبرعات : راجع (مقالة الشروط والعقود لأستاذنا الشيخ أحمد ابراهيم بك) وترى أن تعليل الفروق المذكور يقتضي العموم في كل أسباب انتقال الملك بالعقد .

كأن غاب زيد المدين عن المصر ، أو أفلس ، أو أعجز عن أداء الدين ، فأنا الكفيل بالدين ، أو فالدين على ، ففي هذه الصور الثلاث يكون الشرط ملائماً لمقتضى العقد ، مناسباً لمعناه ، متفقاً أو معاوناً للغرض المقصود منه .

أما تعليق هذه العقود بالشروط غير الملائمة وغير المتعارفة فلا يصح ، كإن نجح ابني في الامتحان فأنا كفيل بأداء الدين ، فلا ينعقد عقد الكفالة ، لأنه لا صلة بين الشرط المعلق عليه ومقتضى العقد .

والتعليل واضح في عدم جواز تعليق هذه العقود بالشروط غير الملائمة ، لأن الأصل في العقود على العموم أن تكون بعبارات جازمة لا تردد فيها ؛ لأنها تقوم على الرضا ، والرضا لا يكون إلا مع الجزم واليقين ، ولأن التعليق يجعل العبارات غير منشئة للعقود في الحال ، والأصل في العقود أن تكون بعبارات تدل على الإنشاء في الحال ، وقد بينا ذلك عند الكلام على الألفاظ في العقود ، ولكن الشرط الملائم في هذه العقود لما كان يتفق مع مقتضى العقد ، ويناسبه ويتلاقى معه جاز على طريق الاستثناء .

(ج) عقود يصح تعليقها بكل شرط ، سواء أكان ملائماً لمعناها أم غير ملائم ، وسواء أكان متعارفاً أم غير متعارف ، وذلك يشمل عقد الوصية والإيصاء ، وعقد الوكالة ، فإن هذه العقود يصح تعليقها بكل شرط ، وفي كل الأحوال من غير قيد ولا شرط . أما الوكالة فلأنها عقد غير لازم ، والعقد غير اللازم لا يجعل لكل واحد من العاقدين قبل الآخر حقوقاً لازمة مستقرة ، فساغ لهذا عقده بعبارات غير جازمة قاطعة كالعبارة المعلقة بالشرط . والوصية والإيصاء عقدان تتأخر أحكامهما عن صيغتهما حتما ، ولا يمكن إلا أن تكون الأحكام متراخية عن صيغتهما ، وهما أيضاً عقدان غير لازمين ،

لذلك صحيحا مع الصيغة المعلقة ، لأنه لا يتأخر مقتضاها الشرعى بذلك التعليق [١] .

محل العقد

١٤٨ — تكلمنا فيما مضى فى إنشاء العقد ، ومكوناته الحسية ، وما وضعه الشارع لها من خواص لكى تنتج آثارها ، وتثمر ثمراتها ، فتكلمنا فى الرضا ، وما يطلبه الفقه الإسلامى فيه ، وتكلمنا فى العبارات الدالة على العقود ودلالاتها على ما تكنه النفس ، ثم على حرية المتعاقدين فيما يتعلق بما يريدانه من عقود وشروط ، بسطنا القول فى ذلك بمقدار ما يتسع له المقام ، وبمقدار ما واتتنا ملابسات الموضوع ، والآن ننتقل إلى المعقود عليه ، وهو لب العقد ، إذ هو المشبع لحاجات المتعاقدين ، وهو الغاية من العقد ، ومقصده البين :

قد اتفق الفقهاء المسلمون على حقيقتين يجب توافرهما فى المعقود عليه ، فإن لم تتوافرا لم يوجد العقد ، ولم يتكون (إحداهما) أن يكون المعقود عليه قابلا لحكم العقد ومقتضاه ، (وثانيهما) أن يكون خالياً من كل غرر يؤدى إلى تنازع ، ويفضى إلى خلاف ، أو يفضى إلى خدع أحد العاقدين ، بحيث لا يكون عليما بالمعقود عليه على وجهه الصحيح . وقد اتفق الفقهاء على هذين

---

(١) يعد الفقهاء من التصرفات الشرعية التى تقبل التعليق الإسقاط التى يحلف بها كالطلاق والعتاق والالتزامات التى يحلف بها وهى النذور نحو لله على إن شفى ابنى من مرضه هذا لأتصدقن بكذا وكذا فإن هذين النوعين من التصرفات الشرعية يجوز تعليقها بكل شرط من تقييد بكونه ملائماً أو غير ملائم .

(تنبيه) اعتمدنا فى باب التعليق والاضافة على كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام ص ٥٩٧ — ٦٠٦ ، ومرآة الأصول ، والبحر الجزء السادس فى متفرقات البيع ، والزيلعى الجزء الرابع فى متفرقات البيع ، وابن عابدين الجزء الرابع ، وجامع الفصولين الجزء الثانى وكتاب المعاملات ، والشروط والعقود لأستاذنا الشيخ أحمد ابراهيم بك .

الأصلين ، ولكنهم اختلفوا فى تفصيلهما ، وانشعبت آراؤهم فى مدى ما يدخل فى عمومهما من جزئيات . ولنتكلم على الأصلين من غير أن نمس مواضع الخلاف إلا قليلا ، فإن التفصيل موضعه فى كل عقد ، ونحن هنا نتكلم على القواعد العامة من غير أن نهيم فى التفصيلات .

فأما الأصل الأول ، وهو أن يكون المعقود عليه صالحاً لحكم العقد ، فمعناه أن يكون المعقود عليه يمكن تطبيق مقتضى العقد عليه ، ويصلح لاستيفائه منه ، وعلى ذلك لا ينعقد بيع المسجد ، لأن البيع يقتضى نقل الملكية من مالك إلى مالك ، فينقل المبيع من ملك البائع إلى المشترى ، والمسجد لم يكن أولا فى ملك البائع ، إذ هو على حكم ملك الله سبحانه وتعالى ، وثانياً هو مرصود على حال خاصة تشبه حال ما يرصد للمنافع العامة أو هو من هذا النوع من الأموال ، فلا يقبل التمليك ما دام على هذه الصفة ، وهى صفة لازمة له لا تنفصى عنه عند الأكثرين من الفقهاء ، كما لا ينعقد البيع إذا كان المبيع مالا غير متقوم ، وكان أحد العاقدين مسلماً لعدم قبول المال غير المتقوم لحكم البيع إن تعين مبيعاً فيه ، وكان البائع أو المشترى مسلماً ، لأنه إذا كان البائع هو المسلم فملكيته للمال غير المتقوم غير محترمة، ولا يقرها الشارع ، فلا تنتقل منه إلى غيره ، وإذا كان المشترى هو المسلم لا يدخل فى ملكيته ذلك النوع من الأموال ، وفى الحالين لا يقبل ذلك النوع من المال حكم العقد بين المسلمين أو إذا كان أحدهما مسلماً ، لعدم صلاحيته حينئذ لانتقاله من مالك إلى مالك ، وعدم احترام الشارع لملكيته .

ومثل ذلك عقد الإجارة إذا كانت المنفعة المعقود عليها لا يبيحها الشارع فلا تنعقد الإجارة إذا كانت المنفعة المعقود عليها نواح نائحة مثلا ، لأن ذلك النوع من المنافع لم يبحه الشارع الإسلامى ، فلا ينعقد العقد عليها ، لأنها غير قابلة لحكم عقد الإجارة، إذ هو لاستيفاء المنافع التى هى موضوعه ،

فإذا كانت محرمة ، لا يمكن استيفاؤها ، لا تكون قابلة لحكمه ، فلا يصح انعقاده عليها .

ومن هذا الأصل عدم انعقاد الكفالة إذا كان الدين غير قوى ، بأن كان يسقط بالأداء والإبراء وغيرهما ، وذلك لأن مقتضى عقد الكفالة أن يطالب الكفيل بالأداء ، ولا تسقط المطالبة عنه إلا إذا أدى أو أبرأه الدائن أو أدى الأصيل أو أبرىء من الدين . فإذا كان الدين يسقط بغير الاداء أو الإبراء كمضى مدة معينة أو النشوز أو الطلاق لم يكن قابلا لحكم الكفالة ؛ وهو مطالبة الكفيل حتى يؤدى أو تبرأ ذمته ، إذ فى هذه الحال يجوز ألا يطالب ، مع أن أحداً لم يؤد ولم يبرىء الدائن ذمة أحد .

ومما ينطبق عليه هذا الأصل عدم صحة النكاح إذا كانت المرأة زوجة لشخص أو معتدة لم تنقض عدتها ؛ لانه فى هذه الحالة لا يمكن تحقيق مقتضى هذا العقد ، إذ موضوع هذا العقد إيجاد حياة بين الرجل والمرأة تقوم على العشرة الحسنة ، والمودة وسكن النفس ، وتناسل الذرية وتعهدها بالرعاية لتنبت نباتاً حسناً ، وذلك كله يقتضى الفراغ من الازواج فإذا كانت المرأة لا تزال مشغولة بزيجة سابقة أو تكون هناك زوجية قائمة فلا يكون محل العقد قابلا لحكم العقد : لان مقتضى هذا العقد إباحة تلك الحياة ، فإذا كانت مشغولة بأمر الشارع ، فلا تتحقق الإباحة ، حتى تخلو من الأزواج .

١٤٩ — وقد فرض أكثر الفقهاء أن المعدوم لا يصلح أن يكون محلا للعقد ، لأنه لا يقبل أحكام أى عقد ، لأن الأحكام والآثار أوصاف شرعية يقدرها الشارع فى محل موجود ، إذ المعدوم لا يقبل أوصافاً ذاتية وجودية ، فالملكية سواء أكانت ملكية عين أم ملكية منفعة معنى من المعانى يقتضى شيئاً موجوداً مستقراً ثابتاً يقوم به ، وعلى هذا الأساس المنطقى بنى أبو حنيفة وبعض من الفقهاء الحكم بعدم صلاحية المعدوم لأن يكون محلا

العقد ، سواء أكان معدوماً ليس قريب الوجود ، أم كان معدوماً قريب الوقوع على خطر الوجود والاحتمال ؛ غير أنهم ما حكموا ذلك الحكم معتمدين على هذا الفرض حتى وجدوا عقوداً كثيرة قد وردت الآثار من الشارع بصحتها مع أن محلها فى ذاته معدوم وقت العقد ، وجدوا الشارع قد أقر عقد الإجارة مع أن المنفعة وهى محل العقد غير موجودة وقت العقد ، وأقر عقد السلم مع أن محل العقد ، وهو المبيع غير موجود وقت العقد ، والاستصناع مع أن المصنوع ، وهو محل العقد غير موجود وقت العقد ، وهكذا كثير من العقود ، فحكموا بأن هذه العقود غير قياسية ، ولكنها عقود استحسانية أو على حد تعبير القانونيين عقود استثنائية ، ولكن ذلك القول لا يستقيم ؛ لأن الاستثناء لا يكون بهذا القدر من العدد ، والاستحسان لا يكون على هذا النحو . بل الأولى تعديل الفرض ، والنظر فى هذا الحكم ، وهو أن المعدوم لا يصلح محل عقد — نظرة فاحصة كاشفة ، وتخصيص عمومه ليتسع لعدد من العقود أكثر مما وسع[1] .

وقد كان مذهب مالك أقل تمسكا بشرطية وجود المعقود عليه ، لينعقد العقد ، فأجاز العقد على معدوم سيوجد إذا كان العقد عقد تبرع كالوقف والهبة ، ولم يجز العقد إلا على موجود فى عقود المعاوضات ، ولو كان سيوجد ؛ لأن ذلك يؤدى إلى الغرر والقمار فى عقود المعاوضات ، بينما لا يؤدى إلى ذلك فى عقود التبرعات ؛ لأن المتبرع غير ملزم فيها ، وما عليه من سبيل ، فيقبل منه التبرع بالموجود والمعدوم الذى سيوجد ، ويكون هذا وذاك منه سائغين[2] .

---

(١) إننا لو خصصنا قضية عدم صلاحية المعدوم لأن يكون محلا للعقد بعقود التمليك التى تقتضى القبض فى المجلس كعقد الصرف ، وعقد الهبة لكانت القاعدة مستقيمة لا استثناء فيها عند أبى حنيفة وأصحابه .

(٢) راجع رسالة الشروط والعقود ، لأستاذنا الكبير الشيخ أحمد ابراهيم بك .

١٥٠ — ويرى ابن تيمية أن المعدوم من حيث هو معدوم يصلح محلا للعقود كلها ، وإذا عرض له عدم الصلاحية ، فليس ذلك لأنه معدوم ؛ بل لأن فيه غرراً وجهالة تفضى إلى نزاع أو قمار ، ولذا يقول : أن المعدوم فى ذاته يصح أن يكون محلا للبيع مع اتفاق مالك وأبى حنيفة على عدم صلاحيته فى الجملة . وهو يقول فى ذلك : « ليس فى كتاب الله ، ولا سنة رسوله ، بل ولا عن أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لايجوز ، لا بلفظ عام ، ولا بمعنى عام ، وإنما فيه النهى عن بيع بعض الأشياء التى هى معدومة كما فيه النهى عن بيع الأشياء التى هى موجودة ، وليست العلة فى المنع لا الوجود ولا العدم ، بل الذى ثبت فى الصحيح عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر ، والغرر مالا يقدر على تسليمه ، سواء أكان موجوداً أم معدوماً كالعبد الآبق والبعير الشارد ، ونحو ذلك مما لا يقدر على تسليمه ، بل قد يحصل وربما لايحصل ، وهو غرر لايجوز بيعه ، وإن كان موجوداً ، فإن موجب البيع تسليم المبيع ، والبائع عاجز عنه ، والمشترى إنما يشتريه مخاطرة ومقامرة ، فإن أمكنه أخذه كان المشترى قد قمر البائع ، وإن لم يمكنه أخذه كان البائع قد قمر المشترى ، وهكذا المعدوم الذى هو غرر ، نهى عن بيعه لكونه غرراً لا لكونه معدوماً ، كما إذا باع مايحمل هذا الحيوان أو مايحمل هذا البستان ، فقد يحمل وربما لايحمل ، وإذا حمل فالمحمول لايعرف قدره ولا وصفه ، فهذا من القمار وهو من الميسر الذى نهى الله عنه ، ومثل هذا إكراء دوابه لايقدر على تسليمها أو عقار لايمكنه تسليمه ، بل قد يحصل وربما لايحصل »[١] .

وترى من هذا أن ابن تيمية يرى أن المعدوم يصلح محلا للعقد ، بل يصلح محلا لكل عقد حتى عقد البيع ، ويرى أنه إذا كانت قد وردت الآثار بعدم

---

(١) راجع القياس فى الشرع الإسلامى ص ٤٠ .

جواز بيع أنواع من المعدوم فليست العلة فى ذلك كونه معدوماً ، بل العلة كونه فيه غرر وجهالة تؤدى إلى قمار ، فالمعدوم الذى لا يصلح محلا لبعض العقود فى داخل باب الغرر الذى لا تصح معه العقود .

١٥١ — ولننتقل إلى الأصل الثانى الذى يمنع وجوده صلاحية الشىء لأن يكون محلا للعقد ، وهو الغرر ، ومعناه أن يكون فى المعقود عليه جهالة بحيث يصعب تعيينه ، أو يكون المعقود عليه متردداً بين حالين يتحقق فى إحداهما تعيينه ، وفى الأخرى لا يتحقق ، فيكون غير معين كالعقد على الجمل الشارد فى صحراء — عقد بيع ، فإنه يمكن العثور عليه فيستحق وجوده ، ويحتمل ألا يعثر عليه ، فلا يتحقق وجوده فيكون ثمة غرر ، فالغرر يرجع إلى الجهالة أما بجهالة المعقود عليه وأوصافه ، أو جهالة حاله من الوجود أو العدم .

فإذا كان فى المعقود عليه غرر من أى نوع كانت الجهالة لم يصلح أن يكون موضع عقد ، وذلك أصل متفق عليه لتضافر الآثار بالنهى عن الغرر ، وعن بيع وغرر ، ولأن الجهالة فى المعقود عليه تفضى إلى نزاع بحيث لا يمكن الاتفاق ، ولأن المعقود إذا احتمل حالين ، ولم يستيقن بإحداهما عند العقد كان ذلك قماراً وميسراً ، فمن باع جملا شارداً كان مقامراً ، لأنه إما أن يخسر إن عثر المشترى على الجمل ، إذ قد باعه بأقل من ثمنه موجوداً فى يده وقت العقد ، وإن لم يعثر المشترى عليه كسب ؛ لأنه أخذ مالا فى نظير شىء ثبت أنه غير موجود ، وكذلك الحال بالنسبة للمشترى .

والجهالات فى المعقود عليه قسمان : جهالة فاحشة لا تغتفر ، ولا يصح معها العقد ، وجهالة يسيرة ينعقد معها العقد ، فجهالة النوع كأن يقول بعتك حيواناً من غير أن يبين نوعه أهو من الجمال أم الشاء — جهالة فاحشة لا ينعقد

معها العقد ، أما جهالة الوصف من نحو جيد أو ردىء كأن يبيع قمحاً يبين نوعه ولم يبين وصفه ، جهالة يسيرة ينعقد معها العقد .

وفى كون الجهالة يسيرة أو فاحشة يجرى تنازع الفقهاء فمثلا إذا تبايع شخصان وكان محل البيع واحداً من ثلاثة أشياء يختاره المشترى من بينها على أن يكون ذلك فى مدة معلومة ، فبعض الفقهاء اعتبر ذلك جهالة فاحشة فى المعقود عليه ، فلم ينعقد العقد فى نظره ، وبعضهم اعتبر هذه الجهالة يسيرة فجاز العقد ووجب على المشترى أن يختار أحد هذه الأشياء الثلاثة[1] .

١٥٣ — ولم يكن اختلاف الفقهاء فقط فى نوع الجهالة أهى فاحشة أم يسيرة ، بل اتسع أفق الخلاف إلى أكثر من ذلك ، فقال أبو حنيفة والشافعى إن كل العقود لا تصح مع جهالة المعقود جهالة فاحشة . أما مالك فقد قال إن بعض العقود تصح مع جهالة المعقود عليه جهالة فاحشة ، وبعضها لا يصح ، وقسم العقود إلى ثلاثة أقسام :

(١) القسم الأول المعاوضات الصرفة التى من شأنها أن يقصد بها تنمية المال كالبيع ، والشراء ، والإجارة ، والسلم ، وغير ذلك من عقود المعاوضات ، والجهالة الفاحشة فى المعقود عليه فيها تبطل العقد ، وذلك لأن هذه العقود تجرى فيها المماكسات ، فلابد من تعيين المعقود عليه تعييناً ينتفى معه كل نزاع ، أو ما يؤدى إليه ؛ ولأنه إذا لم يكن المعقود عليه محقق الوجود معلوماً بالخواص المعرفة له كان أحد العاقدين قد بذل مالا ، بقصد أن ينال عوضاً ، ومع ذلك لم يعرف العوض ، ولم يستوثق من حاله ، فلم يكن ذلك عدلا ومساواة ، بل يكون ميسراً وقماراً .

(٢) القسم الثانى عقود هى إحسان صرف ، لا يقصد به تنمية المال

---

(١) راجع تهذيب الفروق الجزء الأول ص ١٧٠ .

كالصدقة والهبة ، والإبراء ، وهى تصح بالمعلوم والمجهول ، والمحقق الوجود وغير المحقق ، وذلك لأن الشارع حث على الإحسان فتوسع فيه بكل الطرق معلومها ومجهولها تيسيراً للمحسنين ، وتكثيراً للإحسان ، ولأنه لاضرر يقع على العاقد الآخر ؛ لأنه لم يبذل شيئاً ، فمن يوهب له جمل شارد إن عثر عليه فقد نال خيراً كثيراً ، وإن لم يعثر عليه لم يحصل له ضرر ، لأنه لم يبذل قليلا ولا كثيراً . ولا شيء فى ذلك يؤدى إلى المشاحة والخلاف ، لأنه ما على المحسنين من سبيل ، ويقول صاحب الفروق فى ذلك : « وهذا فقه جميل ، ثم إن الأحاديث لم يرد فيها مايعم هذه الأقسام ، حتى نقول : يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع ، بل إنما وردت فى البيع ونحوه » ، فتقصر عليه وعلى مايشبهه وهو عقود المعاوضات .

(٣) القسم الثالث تصرفات لم يكن المال فيها جارياً مجرى المعاوضات الصرفة ولا مجرى البذل الصرف ، كالمهر فى النكاح ، فالمال فيه ليس مقصوداً ، وإنما المقصود منه المودة والألفة والسكون ، ومن هذه الجهة يكون المال كالبذل . فتصح التسمية مع الجهالة ، ومن جهة أن صاحب الشرع اشترط المال بقوله تعالى : « أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » يكون كالعوض فيقتضى هذا عدم صحة التسمية مع الجهالة والغرر ، فلوجود الشبهين توسط مالك رضى الله عنه وجوز بعض الغرر كتسمية حيوان وبيان جنسه من غير بيان وصفه ويحمل على الوسط ولم يجز الغرر الذى لاضابط له[1] ، ولا وسط له يمكن الاعتماد عليه مثل البعير الشارد والعبد الآبق ؛ لأنه لاضابط يمكن الاعتماد عليه ، وبه يزول الغرر .

---

(١) الفروق للقرافى الجزء الأول ص ١٥٠ ، ١٥١ وتهذيب الفروق للشيخ محمد على الجزء الأول ص ١٧٠ ، ١٧١ .

العاقد

١٥٣ — كلام العاقدين هو ركن العقد المكون له ، فهما المنشئان للعقد ، والشارع رتب عليه الآثار ، على حد ما بينا فيما مضى ، ومن الناس من يعتبر كلامه لغواً فى العقود ، فلا تنعقد به ، ومن الناس من يكون لكلامه أثر محدود فى تكوين بعض العقود ، وهو مقيد بإرادة غيره ، ومن الناس من يكون كلامه مطلق الأثر فى تكوين العقد ، لا تقيده إرادة غيره ، ولا تتعلق عقود عليها . وإن اختلاف أحوال الناس ذلك الاختلاف يقوم على توافر عنصرين ، وعدم توافرهما ، وهما الأهلية ، والولاية . ولنتكلم على كل واحد منهما بكلمة تجلى معناه وتبين أقسامه ، وتوضح أحكامه مع الإيجاز .

الأهلية

١٥٤ — الأهلية معناها فى الشريعة صلاحية الشخص للإلزام والالتزام بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لأن تلزمه حقوق لغيره ، وتثبت له حقوق قبل غيره ، وصالحاً لأن يلتزم بهذه الحقوق ، فإذا صار الشخص أهلا لثبوت الحقوق المشروعة له ، وثبوت الحقوق المشروعة عليه ، وأهلا لأن يلتزم بحقوق ينشىء أسبابها القولية ويوجدها ، كانت عنده الأهلية بجزئيها ، أو كان عنده ما يسمى فى عرف الفقه أهلية الأداء .

وإذا كان أهلا لأن تثبت الحقوق المشروعة له وعليه فقط ، من غير أن يكون أهلا لأن ينشىء حقوقاً ويلتزمها ، وبعبارة أخرى من غير أن يكون أهلا للمعاملة بين الناس ، كان عنده جزء من الأهلية ، ويسمى ذلك الجزء أهلية الوجوب ؛ فأهلية الوجوب إذن هى صلاحية الشخص لأن تثبت له أو عليه الحقوق المشروعة ، وأهلية الأداء تتضمن فوق ما تقدم صلاحية الشخص

للمعاملة واستعمال الحقوق الثابتة له والتصرف فيها ، فلا شك أن أهلية الأداء لا تثبت من غير أهلية الوجوب ، إذ هي من لوازمها ، فلا يكون الشخص صالحاً للمعاملة وإنشاء أسباب الالتزامات ، وأسباب الحقوق ، إلا إذا كانت قد ثبتت له الصلاحية لثبوت الحقوق ، المشروعة له أو عليه ، فأهلية الأداء يدخل في ضمنها بطريق التضمن أهلية الوجوب ، فلا تثبت أهلية الأداء لشخص من غير أن تثبت له أهلية الوجوب ، وقد تثبت أهلية الوجوب من غير أن تثبت أهلية الأداء[1].

١٥٥ — وعلة أهلية الوجوب التي تتحقق بوجودها وتنتفي بعدمها ، هي وجود الإنسان ، فالإنسان بمجرد وجوده تتحقق له أهلية وجوب كاملة أو ناقصة سواء أكان بالغاً أم صبياً ، وسواء أكان رشيداً أم غير رشيد ، وسواء أكان ذكراً أم أنثى ، وسواء أكان حراً أم عبداً[2] . وإن تلك

---

(١) على ذلك تكون العلاقة المنطقية بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء العموم والخصوص المطلق ، كالعلاقة بين الحيوان والإنسان ، لأن الأفراد الذين تثبت لهم أهلية الوجوب يدخل في عمومهم من تثبت لهم أهلية الأداء ، فكل من عنده أهلية أداء عنده أهلية وجوب ، ولا عكس . فأهلية الوجوب أعم أفراداً ، إذ قد يوجد من عنده أهلية الوجوب ، وليس عنده أهلية الأداء ولا يوجد من عنده أهلية الأداء ، وليس عنده أهلية الوجوب ،

(٢) يلاحظ القارئ لكتاب نظرية العقد للأستاذ الكبير الدكتور السنهوري بك (مع دقته) تسامحاً في التعبير في الأهلية في نقطتين (احداهما) أنه في النبذة رقم ٣١٧ عرف أهلية الوجوب تعريفاً ناقصاً فذكر أنها صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق ، ولم يذكر العنصر الآخر ، وهو صلاحيته لأن تكون عليه حقوق ، وذلك نقص ، ولقد ذكر الأمثلة كلها لأهلية الوجوب من هذا القبيل مع أنه نقل في النبذة ٣١٨ تعريف أصول الفقه وتعريف فتحي زغلول باشا ، وهما يفيدان العموم ، وليس فيهما نقص (الثانية) أنه اعتبر الرق معدماً لأهلية الوجوب في القوانين التي اعترفت بالرق ، مع أن الشريعة الإسلامية من القوانين التي لم تعدم الرق ، والرقيق فيها غير فاقد أهلية الوجوب فله أن يتزوج بإذن سيده ويطلق ، وإن جنى اقتص منه ، وإن أتلف ضمن ، وتلزمه الديون وتؤخذ من كسبه إن كان كسوباً ، ويباع فيها إن لم يكن كسوباً ، وهذا كله لا يكون إلا إذا كان عنده أهلية وجوب وإن لم تكن كأهلية الحر .

الأهلية تستمر له إلى أن يموت ، ويقول بعض الفقهاء إنها تستمر له إلى أن تؤدى عنه ديونه بعد الوفاة .

ولقد فرض أكثر الفقهاء أمراً اعتبارياً سموه الذمة ، تتعلق به تلك الأهلية ، وتتصل بها الواجبات ، ويكون محلا لثبوت الالتزامات ، فالذمة أمر تقديرى اعتبارى، فرض موجودا ليكون محلا للديون وسائر الالتزامات والتكليفات ، وبعبارة عامة إن الذمة يقدر وجودها ليكون الإنسان صالحاً للإلزام والالتزام ، وليس ذلك بأمر غريب فى قضايا الشرع والقانون ، فكثير من الأمور الشرعية والقانونية أمور تقديرية فرض الشارع وجودها، فالملك فى الأشياء المملوكة ليس أمراً محسوساً وموجوداً حقيقياً ، ولكنه شىء مفروض مقدر ، وكذلك الرق والحرية أمران مقدران ، وليسا بصفتين ذاتيتين للأحرار والعبيد ، وإنما مؤدى الملك والحرية والرق هو تعلق أحكام مخصوصة تقدر هذه الأمور محلالها ، وكذلك الزوجية بين الزوجين أمر مقدر فرضه الشارع ، وتعلقت به أحكام خاصة ، وعلى هذا النحو فرض أكثر الفقهاء الذمة ، لتكون محلا للحقوق المشروعة التى تجب على الشخص ، والحقوق التى تجب له ؛ وذلك لأن تلك التكليفات لا يصلح العقل محلا لها ، لأن أهلية الوجوب تثبت للمجنون وللصبى فى المهد ، بل للحمل المستكن ، متى ثبت وجوده بيقين ونزل حياً ؛ فإنه يوصى له، ويوقف عليه ، ويستحق فى الغلات ويرث ، وكل هؤلاء لا عقل لهم ، فلم يبق إلا أن نفرض أمراً يناط بالإنسانية نفسها ، فكان الذمة ؛ وإن قيل يقدر العقل فيهم لوجود الاستعداد وتناط به الحقوق والواجبات رد عليه بأن تقدير العقل موجوداً فيهم لا يقل بعداً عن فرض الذمة وتقديرها .

ويرى بعض العلماء أنه لا حاجة — إلى فرض الذمة وتقديرها ، إذ يكفى أن الشارع مكن الدائن من الاستيفاء من المدين ، وأمر الشارع وتمكينه هما

مناط الإلزام والالتزام (١) ولقد رد عليه صاحب كشف الأسرار رداً عنيفاً، وإنا لنرى أن الأمر فى شأنها أقل من أن يكون موضع خلاف، إذ الخلاف فيه خلاف لاجداء فيه ولا أثر، ولا ثمرة له، بل هو خلاف فلسفى يعد من ملح العلم، لا من لبه وصلبه.

١٥٦ — ذكرنا فيما مضى أن الإنسان تثبت له أهلية من وقت وجوده إلى موته، وإن الأهلية بنوعيها خاصة ببنى الإنسان لا تثبت لغيرهم، ولكن نرى جهات خاصة يثبت لها حقوق، ويدخل وليها باسمها فى تصرفات كجهات بيت المال وجهة الأحباس والمدارس، فهل تثبت أهلية الوجوب لهذه الجهات؟ لا شك أن القانون الحديث يفرض أن لهذه الجهات وما شابهها شخصية معنوية، فالشركات والمؤسسات التى ترصد فيها الأموال للجهات العامة، سواء أكانت بطريق الوصية أم بغير طريقها، لها فى القانون شخصية معنوية يعترف بها ويقرها أكثر القانونين، وعلى ذلك تكون لها أهلية وجوب باعتبار هذه الشخصية. أما الشريعة الإسلامية، فلم يكن فيها ما يسمى الشخصية المعنوية، ولذلك كان إثبات أهلية وجوب البيت المال والوقف موضع نظر فى الشريعة، ولا نجد عبارة ثابتة فى كلام الفقهاء تفيد أن للوقف ونحوه أهلية وجوب، بل نجد مثلا أن بعض الفقهاء يصرح بأن الوقف لا ذمة له، فيجىء فى تنقيح الحامدية ما نصه: «المصرح به أن الوقف لا ذمة له، وأن الاستدانة من القيم لا تثبت الدين فى الوقف؛ إذ لا ذمة له، ولا يثبت الدين إلا على القيم، ويرجع به على الوقف، وورثته تقوم مقامه فى الرجوع»(٢). وهذا نص يفيد أن المعروف عند الفقهاء أن الوقف لا ذمة له، وإذا لم يكن للوقف ذمة

---

(١) راجع الأهلية وعوارضها لأستاذنا الجليل أحمد ابراهيم بك.
(٢) تنقيح الحامدية الجزء الأول ص ٢٢٢.

تحل فيها الحقوق والواجبات ، وأن المسئول هو القيم عليه ، فليس له إذن أهلية وجوب ، ويجرى مثل ذلك فى بيت المال ونحوه ؛ ولكن من جهة ثانية نرى أن حقوقاً تثبت لهذه الجهات ، وتصرفات تعقد معها يتولاها الناظر ، وليس لشخصيته أثر فيها ، بدليل أنه إذا عزل أتمها من يخلفه فى القيام عليها :
وهذه التصرفات الشرعية لا يمكن تخريجها إلا إذا فرضنا للوقف وما يشبهه ذمة منفصلة عن ذمة الناظر ؛ فمثلا من المقرر فقهياً أن الإجارة تبطل بموت المؤجر أو المستأجر ، ومع ذلك إذا مات ناظر الوقف ، وكان قد آجر أرض الوقف أو دوره لا تبطل الإجارة ؛ لأنهم فرضوا أن المؤجر ليس هو الناظر ، ولكن المؤجر هو الوقف نفسه ، وأن الناظر كالوصى على اليتيم ، تولى هو الإجارة بالنيابة عن الوقف ، وإذا كان كذلك فلابد من اعتبار أن للوقف ذمة تتبعها أهلية وجوب ، لأننا اعتبرناه مؤجراً من جهة ، ولأننا اعتبرناه كالمحجور عليه من جهة ثانية ، والمحجور عليه له ذمة ، وأهلية وجوب بلا نزاع ، ونرى غير ذلك أن الفقهاء يقررون أن كل تصرف سائغ شرعى يدخل فيه الوقف ، تلزمه كل التزاماته ، ولو عزل الناظر الذى تولاه ، ومن ذلك مثلا ما جاء فى تنقيح الحامدية : « للمسجد وقف فأذن الناظر لحصرى أن يكسو المسجد ، ويكون ثمن الحصير من ريع الوقف ففعل وعزل الناظر ثم تولى ناظر ، وهو إلى الآن ناظر ، والناظر الأول لم يتناول من ريع الوقف شيئاً ، فهل يلزم الناظر الثانى تخليص حق الحصرى ؛ لأن حقه معلق بريع الوقف ، أم يلزم الناظر الأول؟ الجواب يلزم الناظر الثانى تخليص حق الحصرى ، ودفعه له من ريع الوقف ، ولا يلزم ذلك الناظر الأول حيث عزل »(١) .

وهكذا نرى كثيراً من الحقوق والواجبات تلزم جهة الوقف كما تلزم جهة

(١) الكتاب السابق ص ٢٢٣ .

بيت المال ، فتثبت لهما حقوق وعليهما واجبات، ولذا نرى أن أمثل السبل أن نفرض لها شخصية معنوية كما فرض القانون ، وأن نجعل الوقف كالمؤسسات، وأن نقدر لها أهلية وجوب ؛ لأن مناطها متحقق ، وهو الصلاحية لثبوت الحقوق والواجبات .ولا مانع من أن تثبت مع أهلية الوجوب الذمة ؛ لأنها أمر تقديرى اعتبارى ، ولا مانع فى أن تفرض فى جهات البر والخير ، كما فرضت فى الإنسان ، ما دام كلا منها له حقوق ، وتلزمه التزامات ، يدفع إليها ناموس التعامل بين الناس ، ونظام التبادل الاجتماعى والاقتصادى .

١٥٧ — وأهلية الوجوب تكون ناقصة ، وتكون كاملة ، فهى كاملة فى كل مولود بمجرد ولادته ، وناقصة فى الجنين ، فالجنين له أهلية وجوب ناقصة ، ونقصها لسببين :

(أحدهما) أنه يحتمل الحياة والبقاء ، فقد يولد ميتاً ، فيكون فى حكم العدم ، ولا يثبت له شيء من الحقوق، وقد يولد حياً فيكون له حق الإنسان، وقد كان مع هذا الاحتمال فى الوجود لا يصلح لأن يكون محلا لإثبات الحقوق مطلقاً ، ولكنه لما كان موجوداً فعلا أو حكماً ، وإن لم تتحقق حياته الإنسانية فى ظاهر الوجود ثبت له بعض الحقوق ، ولم يكن كالإنسان الحى فى ظاهر الكون .

(ثانيهما) أنه يعتبر وهو فى بطن أمه جزءاً منها ، إذ يتحرك بحركتها ، ويعطيه الشارع بعض ما يلحقها من أحكام، فيعتق بعتقها إن كانت أمة ، ولكنه جزء على استعداد للانفصال كاملا مستقلا بحياته ، فاعتباراً لهذين الوجهين ، كونه جزءاً من أمه وصلاحيته للانفصال عنها ،وحياته مستقلا دونها أعطاه الشارع بعض الحقوق دون بعضها الآخر .

وعلى ذلك يكون الجنين فى بطن أمه أهليته للوجوب ناقصة ، فلا تلزمه

حقوق لغيره قط ؛ لأن ثبوت الحق على الشخص يكون بفعل منه أو بالتزام يلتزمه هو بعبارته ، أو بعبارة من له الولاية عليه ، ولا شيء من ذلك يتصور بالنسبة للجنين ، فليس له فعل يوجب عليه ضماناً أو لا يوجب ، وليست له عبارة تنشيء حقوقاً ، وليس له ولي شرعي ينشيء عليه حقوقاً بعبارته ، ولكن يثبت له بعض الحقوق ، فتثبت له الحقوق التي لا تحتاج في وجودها إلى قبول ، فيثبت له الميراث ، وتثبت له الوصية ، وتثبت له غلات الوقف إذا كان شرط الواقف يدل على ذلك ، ويثبت له النسب ، ولا يقبل النفي إذا حصل إقرار ، وذلك كله لأن هذه الحقوق لا تحتاج إلى قبول ، أما الحقوق التي يحتاج ثبوتها إلى إيجاب وقبول ؛ فلا تثبت له ، لأنه لا يوجد من يتولى عنه صيغة القبول ، فلا تنعقد الهبة له ، لأنها تحتاج إلى قبول ولا ولي للجنين يتولى عنه القبول ؛ فلا يثبت له ذلك الحق .

فالفقه الإسلامي كما ترى لا يجعل للجنين ولياً أو وصياً ، ولكن المادة الثالثة من قانون المجالس الحسبية جعلت للجنين وصياً يقيمه المجلس الحسبي ، حتى لا تضيع الغلات ، ولا تفسد الأملاك التي تثبت له . والشريعة تعتبر الأمين الذي يكون تحت يده مال الجنين قائماً مقام الوصي ؛ فلا مانع من اعتبار الوصي الذي يعين بحكم تلك المادة هو الأمين الذي أوجبت الشريعة أن يكون تحت يده المال الموقوف للحمل بمقتضى أحكام الميراث ولا تتغير الصفة بتغيير المسمى (١) .

---

(١) الرقيق لا تثبت له ملكية الأموال ما لم يكن مكاتبا ، بل العبد وما ملكت يداه لسيده ، ولا يرث ؛ ولكن للرقيق حقوق غير مالية ، فله أن يتزوج بإذن سيده . وإذا تزوج فله أن يطلق ، وتلزمه نتائج أفعاله الجنائية فيقتص منه ، وإذا أتلف مالا يستوفى أولا من كسبه إن كان كسوباً ، ثم من رقبته . ويصح الإقرار من العبد ، وإذا أقر بمال لزمه ووجب عليه الوفاء ولكن لا يؤخذ بهذا الإقرار إلا بعد عتقه ، فلا يؤخذ سيده بإقراره =

١٥٨ — وأهلية الوجوب المالية تثبت كاملة بمجرد ولادة الإنسان ، حتى إن وليه أو وصيه لو اشترى له شيئاً بمجرد ولادته حياً لزمه الثمن، ووجب أداؤه من ماله الخاص ، فالإنسان بمجرد وجوده فى الحياة تكون له أهلية وجوب كاملة بالنسبة للأموال ، أما التكليفات العبادية أو الاعتقادية والعقوبات ، فلا تجب عليه إلا بالبلوغ ، وتكون مع أهلية الأداء الكاملة على ما سنبين .

وعلى ذلك نقول إن أهلية الوجوب تكون كاملة بالنسبة للحقوق المالية الخالصة ، ولو لم تثبت معها أهلية الأداء ، وتثبت أهلية الوجوب مجردة عن أهلية الأداء للصبى غير المميز ، وللمجنون ومثله المعتوه غير المميز[1] . فهؤلاء تثبت لهم أهلية الوجوب كاملة فى الأمور المالية ، ولكن لا تثبت لهم أهلية أداء قط ، فتثبت لهم كل الحقوق المالية كاملة من غير أن يثبت حق المعاملات ، ويتولى عنهم القوامون عليهم هذه المعاملة .

(ا) وذمتهم صالحة لقبول كل الالتزامات التى تجىء ثمرة للتصرفات الشرعية التى يقوم بها أولياؤهم ، ويجيزها الشارع لهم ، ويتقيدون بها ، وليس لهم إذا رشدوا أن يتخلوا من تبعاتها ما دامت قد صدرت من الأولياء فى حدود ولايتهم ، وكان من شأنها أن تلزم القاصرين ، فأثمان الأعواض التى عقد عليها باسمهم تلزمهم ، وتجب فى مالهم ، ومهور الزيجات التى

= لأن الإقرار حجة قاصرة ، وكل هذا يدل على أن للعبد ذمة ، وأهلية وجوب ، ولكن نقصها عارض الرق وذلك لأجل حق سيده على رقبته .

(١) الجنون مرض يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها ويصحبه اضطراب وهياج غالباً ، والعته مرض يمنع الشخص من إدراك الأمور على وجهها أيضاً ، ولكن يصحبه هدوء .وكثير من الفقهاء يعتبرهما نوعاً واحداً .

يعقدها لهم أولياؤهم كذلك ، وفى الجملة كل الالتزامات المالية التى تنشأ بأسباب يتولاها باسمهم الأولياء والأوصياء عليهم تكون لازمة، وتحل فى ذمتهم ، وتؤدى من أموالهم ، فإن رشدوا قبل الوفاء وجب عليهم الوفاء ، وكذلك تلزمهم نفقة الزوجية : لأنها من مقتضى العقد الذى تم باسمهم ؛ إذ النفقة من آثار عقد الزواج ، وثمرة من ثمراته ويقول فخر الإسلام البزدوى فى أصوله: إن نفقة الزوجية تلزمه ، لأن لها شبهه بالأعواض ، لأنها جزاء الاحتباس ، وعوضه . ونحن نختار مذهب الشافعى الذى يرى أن نفقة الزوجية صلة مستحقة بالعقد ، وثمرة من ثمراته [١] ، ومن مقتضاه ، ومهما يمكن توجيهها فهى واجبة على الصغير غير المميز ، والمجنون والمعتوه غير المميز .

(ب) ويثبت فى ذمتهم كل ما هو من مئونه المال ، ومغارمه ، فيجب فى أموالهم الخراج والعشر ؛ لأن الخراج فى أصل شرعته مئونة لحماية الأموال والأعراض والأنفس ، والدفاع عن البلاد ، كما هو لإنشاء القناطر والترع ونحو ذلك ، وكذلك العشر ، فهما مئونتان للأموال ، هذا على المسلم ، وذاك على غيره ، ويجبان فى مال هؤلاء القاصرين، لهذا ولأن جانب المئونة فى العشر أكثر أثراً من جانب العبادة . وهناك واجبات مالية اختلف فى تغليب كونها عبادة أو مئونة مالية ، فمن قال إنها عبادة قال إنها لا تجب على الصغير والمعتوه غير المميزين والمجنون ، ومن قال إنها مئونة أو غلب فيها جانب المئونة قال إنها تثبت فى ذممهم ، وتجب فى أموالهم .

(١) فصدقة الفطر غلب بعض الفقهاء فيها جانب المئونة فجعلها واجبة فى أموال هؤلاء ، وغلب آخرون فيها جانب العبادة،فمنع ثبوتها فى مال هؤلاء، فأبو حنيفة وأبو يوسف أوجباها فى مال هؤلاء القاصرين ، تغليباً لجانب المئونة ، ومحمد وزفر لم يوجباها فى أموالهم تغليباً لجانب العبادة .

---

(١) راجع أصول فخر الإسلام وعليه كشف الأسرار الجزء الرابع ص ١٣٦٠ .

(٢) وكذلك كان موضع خلاف بين الفقهاء زكاة الأموال ، فالشافعى ومالك وأحمد رضى الله عنهم رجحوا جانب المالية فيها ،فأوجبوها فى أموال القاصرين ، وأيدوا كلامهم ببعض الآثار ، وأبو حنيفة وأصحابه رجحوا فيها جانب العبادة ، والقاصر غير مكلفها .

(ج) وتلزمهم أيضاً الصلات التى تشبه المئونة المالية ، وهى نفقة الأقارب ، فهذه صلة القربى ، ولكنها ليست عبادة خالصة ، بل هى مئونة مالية أوجبها النظام الاجتماعى وأيدته الشريعة ، فالأسرة وحدة اجتماعية متعاونة متآزرة متضافرة ، ومن واجب التآزر أن يدفع غنيها عن فقيرها غائلة الجوع ، وأن يسد رمقه ، فكان من مئونة الغنى وتكليفاته أن ينفق ذوو اليسار من الأسرة الواحدة على ذوى العسرة ، واذا كان ذلك مئونة للمال ، فهو يتبعه مهما يكن حامله ، رشيداً أو غير رشيد ، صغيراً أوكبيراً ، مجنونا أو عاقلا ، وبذلك تقوم الأسرة على بنيان من التعاون متين الدعائم .

(د) الغرم المالى فيلزمه أيضاً ضمان ما يتلفه من أموال ، لأن ضمان المتلفات يكون بالمال يعوض المتلف له ، وذمته صالحة لوجوب كل ما هو مالى ، وليس من قبيل العبادة ، ولأن المقصود ليس فعلا يقوم به ، بل المقصود مال يعوض المفقود ويربح الخاسر ، فيثبت المال فى ذمته ، ويؤديه عنه من ماليه وليه أو وصيه .

وهكذا كل أمر مالى يكون القاصر ذمته فيه كذمة الرشيد ما دام لم يغلب فيه جانب العبادة ، ويؤدى عنه وليه أووصيه كل مايثبت فى ذمته (١) .

---

(١) اعتمدنا فى الكلام فى أهلية الوجوب على شرح المنار فى باب المحكوم عليه وعلى مرآة الأصول الجزء الثانى باب المحكوم عليه أيضاً وعلى كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام الجزء الرابع ص ١٣٥٧ وما يليها ، وعلى كتاب الأهلية وعوارضها لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد ابراهيم بك .

أهلية الأداء

١٥٩ – قد بينا فيما مضى أن أهلية الأداء هي أهلية المعاملة بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لاكتساب حقوق بتصرفاته القولية ، وإنشاء حقوق لغيره بهذه التصرفات ؛ فأول أثر إذن لثبوت أهلية الأداء صحة التصرفات القولية ، بمعنى اعتبارها أسباباً منشئة للحقوق للشخص وعليه ، فمن كانت عبارته صالحة لأن تكون سبباً لثبوت الحقوق له وعليه ، فعنده أهلية أداء ، ومن لم تكن عبارته صالحة لتلك السببية ، فهو فاقد أهلية الأداء ، ولا شك أن الصبي غير المميز ، والمجنون ، والمعتوه غير المميز ، وهم الذين ذكرنا أن أهلية الوجوب ثابتة كاملة لهم ، هؤلاء فاقدو أهلية الأداء ؛ لأن عبارتهم ملغاة ساقطة لا تصلح سبباً لإنشاء حقوق لهم أو لغيرهم ؛ إذ العبارة التي تنشأ بها التصرفات الشرعية هي العبارات المقصود معناها التي يفهم قائلها المراد منها في عرف الناس ، والأثر الشرعي لها في الجملة ، لا على وجه التفصيل ، فيفهم أن البيع يقتضي خروج المبيع من ملك البائع ، واستحقاقه للثمن ، ووجوب دخوله في ملك المشتري ، ووجوب الثمن عليه ، وأولئك الذين فقدوا التمييز لا يتم هذا القصد في عباراتهم ، فتكون ملغاة ، ولا تصلح سبباً شرعياً لإثبات هذه الحقوق .

١٦٠ – وغير هؤلاء تثبت لهم أهلية أداء كاملة أو ناقصة ، فكل مميز عنده أهلية أداء ؛ اذ مناط هذه الأهلية هو العقل ، فحيثما وجد العقل ومعه التمييز توجد أهلية الأداء ؛ وذلك لأن التمييز يجعل الشخص يفهم القصد من عباراته ، ويدرك ثمراتها ، فتكون عبارته صالحة لإنشاء الحقوق له أو عليه ، ولقد جعلوا حد التمييز أن يكون الشخص عارفاً لمعاني الألفاظ الدالة على العقود ، فيفهم مثلا أن البيع سالب ، والشراء موجب بمعنى أن البيع يسلب ملكية المبيع من البائع ، والشراء يدخل المبيع في ملك المشتري ، ولا يتصور

التميز من دون السابعة وأهلية الأداء تكون كاملة وناقصة تبعاً لكمال العقل ونقصانه .

فأهلية الأداء تثبت كاملة للبالغ العاقل الرشيد الذى لم يحجر عليه لأى سبب من الأسباب ، ومن كان كذلك كان حراً فى التصرف فى أمواله يتصرف فيها بالطرق الشرعية التى يراها غير مقيد بأى قيد ، لأن العقل والرشد كافيان لتقييد تصرفاته بالمصالح ، فالمفروض فيه أنه لا يتصرف تصرفاً إلا عن روية وتفكير وتقدير وتدبر ، وهو أدرى بما فيه مصلحته ، وليس ثمة مانع يمنعه إلا حق غيره فى الاستمتاع بحريته وحقوقه كاملة ، كما يستمتع هو .

أما ناقص الأهلية فهو من كان عنده أصل التميز ، ولكن لم يكن عنده كمال العقل ، إما لعدم بلوغه السن التى جعل بلوغها امارة لكمال العقل ، وإما لنقص بين فى العقل مع وجود أصل التمييز ، وإما لأن العقل قد كمل ، والسن قد بلغت حدودها ، ولكن فى تصرفاته ما يدل على نقصان تدبيره المالى ، والأول هو الصبي المميز ، والثانى هو المعتوه المميز ، والثالث السفيه ويلحق به ذو الغفلة ، فهؤلاء جميعاً ناقصو الأهلية ؛ لأن أصل التمييز عندهم ، ولكن ينقصهم كمال العقل وحسن التدبير ، ولنتكلم عن كل واحد بكلمة موضحة له ، ثم لنبين أحكامهم جملة (١) .

١٦١ — الصبي المميز — وهو الذى بلغ سناً أصبح يميز فيها بين معانى ألفاظ العقود فى الجملة ، ويعرف المراد منها عرفاً ، ولا يتصور التميز فى سن دون السابعة ؛ فالسابعة هى الحد الأدنى للتمييز ، وقد يتجاوزها الشخص ، ولا يميز مادام لم يعرف معانى العقود ، ومقتضياتها فى عرف الناس وبالإجمال ، هذا هو حد التميز الأدنى . أما نهاية الصبا ، فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أنها

---

(١) تفسير القرطبي الجزء الخامس ص ٣٧ .

ببلوغ الحلم ، غير دفع الأموال وأهلية الأداء الكاملة لاتتم بمجرد بلوغ الحلم باتفاق الفقهاء ، بل إن الأهلية تتم بأمرين ، وهما بلوغ الحلم أو بلوغ النكاح ، والرشد ، وذلك هو مدلول قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى ، حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً ، فادفعوا إليهم أموالهم » فدفع المال أو أهلية الأداء الكاملة مشروطة بشرطين لابد من تحققهما : وهما بلوغ النكاح ، وإيناس الرشد ، فما لم يتوافرا معاً ، لا يعطى الصبي ماله : بل لقد ذهب سعيد بن جبير والشعبي والضحاك إلى أنه يعتبر يتيما ما لم يؤنس رشده ، فقد جاء في تفسير القرطبي « قال سعيد بن جبير والشعبي : إن الرجل ليأخذ بلحيته وما بلغ رشده ، فلا يدفع لليتيم ماله ، وإن كان شيخاً ، حتى يؤنس منه رشده . وهكذا قال الضحاك : « لا يعطى اليتيم ، وإن بلغ المائة سنة ، حتى يعلم منه اصلاح ماله » .

وإذا لم يكن حلم كان البلوغ ببلوغ خمس عشرة سنة للجارية والغلام عند أكثر الفقهاء ومنهم صاحبا أبي حنيفة ، وعند أبي حنيفة ببلوغ سبع عشرة سنة للجارية وثماني عشرة للغلام . وعند مالك يبلغ بسبع عشرة سنة من لم تكن عنده إحدى إمارات البلوغ .

هذا موجز في حقيقة البلوغ واختلاف العلماء فيه ، أما الرشد فالمتتبع لكلامهم يرى أن المراد به القدرة على تدبير الأمور المالية، واستغلال الأموال استغلالا حسناً ، فهذا ابن عباس وغيره يفسر الرشد بأنه صلاح العقل وحفظ المال . وإذا كان الرشد هو القدرة على تنمية الأموال واستغلالها ، وحسن القيام عليها ، وتدبير شئونها فهو لابد أن يختلف باختلاف تعقد الحياة ، وتشعب مسالكها ، واختلاف طرائقها ، وكلما كانت الحياة الاجتماعية ساذجة يسيرة لم تتسع الحاجات فيها ، ولم تتشعب أبواب الرزق ، ولم تختلف مناهجها — سهل على الشخص تدبير ماله . فإذا كان ماله أرضاً زراعية ، كان القيام عليها بحرثها وإلقاء البذر ، ورجاء الثمار من الرب ،

فتجود عليه السماء بالغيث ، أو الأنهار بالجودى ، حتى إذا انحسر عنها الماء قليلا بذر بذره ، ورجا من العناية ثمره ، وهكذا تسود السهولة كل أسباب الرزق ، فليس من الغرابة أن ينال الفتى رشده فى الخامسة عشرة أو قبلها أو بعدها بقليل . أما إذا كانت الحياة متسعة الأفق ، عريضة الجوانب ، متشعبة المسالك ، تحكمها نظم اجتماعية واقتصادية متشابكة ، لايدركها الفتى إلا بعد نضج ودراسة ، كان لابد إذن أن تتأخر سن الرشد ، وأن تتباعد عن سن البلوغ .

وإذا كانت الأهلية الكاملة لاتتم إلا بعنصرين البلوغ والرشد ، وقد حكمنا بتأخر الرشد عند ما تتعقد مناهج الحياة ، وأسباب الرزق ، فلابد إذن بمقتضى كلام الفقهاء أن يستمر الفتى ناقص الأهلية أمداً غير قصير ، حتى يرشد ، ويستحق أن يدفع ماله إليه ، وهو فى هذه المدة يختبر الوقت بعد الآخر ؛ ليستفيد من تجارب الحياة ، ويعلم القوام عليه مقدار ماوصل إليه من علم بها وبشئون المال .

ولقد كانت آراء الفقهاء متسعة الأرجاء واسعة الرحاب ، فلم يعينوا للرشد سناً خاصة وإن عينوا للبلوغ سناً ، نعم إن أبا حنيفة جعل نهاية لسن الحجر ونقص الأهلية ، وهى خمس وعشرون سنة ، ولكن وجهة نظره فى ذلك لم تكن تعيين سن رشد ؛ بل لأنه يرى هو وزفر والنخعى أنه لا يصح أن يحجر على الحر البالغ إذا بلغ مبلغ الرجال ببلوغ الخامسة والعشرين ، ولو كان أفسق الفساق ، وأشدهم تبذيراً لماله ، مادام عاقلا ليست عنده لوثة جنون ، ولا اختلاط عنه ، ولكن جمهور الفقهاء خالفوهم . وقرروا أن يستمر الشخص ناقص الأهلية حتى يبلغ رشده ، ويستطيع القيام على ماله وتدبيره وتثميره[1] .

---

(١) سنبين الخلاف فى ذلك عند الكلام على السفيه .

١٦٢ — ولقد نهجت القوانين الحديثة منهج الشريعة فى أنها اعتبرت بلوغ الرشد هو المناط لكمال الأهلية وما دام الرشد لم يتوافر فالشخص ناقص الأهلية ، ولقد جاء فى شرح القانون المدنى للمرحوم أحمد فتحى زغلول باشا نبذة قيمة فى هذا المقام هذا نصها : « المولود يولد فاقد الأهلية(١) ويبقى كذلك إلى أن يبلغ سن التمييز ، ثم يدخل فى دور جديد هو دور التمييز ، إلا أن عقله وملكاته لا يزالان غضين ، فلا يقوى على تقدير الأفعال التى تصدر عنه ، أو يتعمد فعلها تقديراً صحيحاً ، ثم هو لا يصل إلى هذه المرتبة إلا بعد أن ينضج قوته العاقلة ، ويكون له بعض الخبرة ، حتى يؤمن على إدارة أمواله بنفسه . ومعلوم أن بلوغ هذه المرتبة لا يتم للجميع بصورة واحدة ، ولا فى زمن واحد ، بل هم يختلفون فى ذلك اختلافاً كبيراً ، إلا أن منافع الناس وضرورة الأمن فى المعاملات والحاجة إلى وضع حد تنتهى إليه حال الإنسان ، ويخرج ببلوغه من دور التردد إلى دور العمل ، كل ذلك قضى بتقدير الزمن الذى يخلص فيه كل واحد من ذلك الحجر ، وتتم له الأهلية . والشرائع مختلفة فى تقدير هذا الزمن ، فمنها ما جعله اثنتى عشرة سنة للأنثى ، وأربع عشرة للذكر ، كما فعل الرومانيون فى البداية ، مذ كانت الأمة فى نشأتها الأولى ساذجة الأخلاق ، قليلة العدد ، أيام كانت المراقبة شديدة فى تربية الأولاد ، والروابط العائلية قوية كافية لحمايتهم ، وتدارك ما قد يفرط منهم من الأعمال قبل استفحال الضرر ، فلم يكن من باعث يحمل الشارع على الإبطاء بمنح الأهلية الكاملة ، والولد محوط بهذه العنايات كلها . فلما ازدحم المجتمع بأهله ، وكثر المال ، وتنوعت الرغبات والمطالب وتشعبت أعمال الإنسان ، وامتدت أطماعه إلى أبعد من داره وعشيرته ، ووهن رباط العائلة بضغط تلك المؤثرات ظهرت مضار التعجيل بإقرار الأهلية ، واضطر الشارع

---

(١) يقصد أهلية الأداء

إلى تأجيل زمانها فجعله خمساً وعشرين سنة ، ومن الشرائع ما وقفت عند الحادية والعشرين ، ومنها ما اقتصر على تسع عشرة سنة»[1] .

وقد كان القانون المصرى يسير على اعتبار سن كمال الأهلية ثمانى عشرة ، ولكن لوحظ أن الفتى أو الفتاة فى هذه السن يكون غراً غير عالم بشئون الدنيا وإدارة الأموال ؛ لأنه يكون لا يزال عاكفاً على تلقى دروسه ، منقطعاً عن إدارة أمواله ، غير متفرغ لها ، فرفعت السن إلى إحدى وعشرين على حسب القانون الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا القانون خاصاً برفع سن الرشد ما نصه : «ومن التعديلات المهمة التى أدخلها المشرع رفع السن التى تنتهى فيها الولاية والوصاية من ثمانى عشرة سنة إلى إحدى وعشرين سنة ، وهذا التعديل دفعت إليه التجربة ؛ فإن الاختبار دل على أن سن الثمانى عشرة المحدودة الآن لبلوغ الرشد وانتهاء الوصاية غير كافية بالنظر إلى الأحوال الاجتماعية الحاضرة ، فإن غالب الشبان يكونون فى دور التعليم حين بلوغهم هذه السن ، ولذلك يكونون بطبيعة الحال قليلى الخبرة بالحياة العملية . أضف إلى ذلك ما يحيط بالشاب الصغير من دواعى الإغراء بالإسراف والتبذير ، وقد شوهد فى كثير من الأحوال أن شباناً رفعت عنهم الوصاية ، وسلمت إليهم أموالهم عند بلوغهم ثمانية عشر عاماً ، فبددوها كلها أو معظمها فى قليل من الزمن ؛ ولهذا رأت الوزارة رفع السن التى تنتهى ببلوغها الوصاية من ثمانى عشرة سنة إلى إحدى وعشرين» .

ولقد أخذ هذا القانون الجديد بمبدأ اختبار القاصر فى وقت الحجر عليه ونقصان أهليته للأداء والمعاملة ، وهو مبدأ القرآن الكريم ؛ إذ يقول تبارك وتعالى : «وابتلوا اليتامى ، حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم» ، فلقد نص ذلك القانون على القاصر متى بلغ ثمانى

---

(١) شرح القانون المدنى ص ٢٨ ، ورسالة عوارض الأهلية للأستاذ احمد ابراهيم بك .

عشرة سنة ولم يمنع من التصرف فى ماله جاز للوصى أن يسلم أمواله ليتولى بعض إدارتها ، فيكون له قبض دخله ، والتصرف فيه ، والتأجير لمدة سنة أو أقل . وزراعة أرضه ، والقيام بما يلزم للعقارات من أعمال الحفظ والصيانة ، ويعتبر راشداً فى هذه التصرفات قاصراً فى غيرها . فإذا أساء التصرف فيما أعطيه منه منع من كل تصرف وليس له أن يطلب الإذن بالتصرف قبل مضى سنة من تاريخ المنع[١] .

١٦٣ — وخلاصة القول ، أن الصبى المميز ناقص الأهلية ، والحد الأدنى للتمييز سبع سنوات ، والشريعة قد جعلت للبلوغ أمارات خاصة ؛ فإن لم تتحقق تلك الأمارات ، فبالسن ، ولم تجعل الشريعة مطلق البلوغ سبباً فى كمال أهلية الأداء بل أهليته لا تكمل فى الشريعة إلا بالسن وإيناس الرشد ، ولم يعين الفقهاء سناً لإيناس الرشد ، ولكن القوانين الحديثة عينت سناً خالفت الشريعة فى ذلك ، ولكن لم تتجاف عن معناها ومرماها .

١٦٤ — **السفيه** : **السفيه**[٢] هو من لا يحسن القيام على تدبير ماله ، فينفق فى غير مواضع الإنفاق والحجر على السفيه موضع خلاف كبير بين العلماء ، وقد تضاربت فيه أقوالهم ، وللسفيه حالان : إحداهما أن يبلغ

---

(١) راجع المواد ٢٩ ، ٣٠ ، ٣١ ، ٣٢ من قانون المجالس الحسبية الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ .

(٢) جاء فى تفسير القرطبى السفيه المهلهل الرأى فى المال الذى لا يحسن الأخذ لنفسه ، ولا الاعطاء منها ، شبه بالثوب السفيه ، وهو الخفيف النسج ، والبذىء اللسان يسمى سفيهاً ، ولا تكاد تتفق البذاءة إلا فى جهال الناس ، وأصحاب العقول الخفيفة ، والعرب تطلق السفه على ضعف العقل تارة وعلى ضعف البدن أخرى ، قال الشاعر :

نخاف أن تسفه أحلامنا ... ويجهل الدهر مع الحالم

وقال ذو الرمة :

مشين كما اهتزت رياح تسفهت ... أعاليها مر الرياح النواسم

فكأنه يجعل السفه الشرعى إما مأخوذ من الثوب السفيه بمعنى المهلهل ، وإما من الضعف فى العقل ، والخفة فيه .

الشخص سفيهاً ، وقد اتفق العلماء على أنه لا يعطى ماله ، بل يمنع منه عملا بقوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » ولكن اختلفوا فى موضعين فى هذه الحال (أحدهما) أن كثرة العلماء على أن ماله لا يدفع إليه ، ويمنع من كل التصرفات القولية ، فليس له أن يقر بحق لغيره . ولا أن يبيع ولا أن يشترى ، ولكن روى عن أبى حنيفة أنه يقول إن ماله لا يسلم إليه ، ولكن عقوده ، وكل تصرفاته القولية صحيحة كتصرفات غيره من العقلاء ، لأن أهليته تكمل بمجرد البلوغ عنده ، ومنع المال لكيلا يتمكن من تنفيذ تصرفاته التى تسوء عقباها ، ولأن المنع وحده تأديب وزجر ، وفيه الكفاية ، ولكن روى أيضاً عن أبى حنيفة أن الشخص إذا بلغ سفيهاً استمر الحجر عليه ، فمنع من ماله ، ولا تنفذ تصرفاته فيه وذلك هو الراجح . (الموضع الثانى) أن كثرة العلماء على أن الشخص إذا بلغ سفيهاً استمر الحجر عليه ، حتى يرشد ، فما لم يرشد لا يمنع الحجر عنه . ويستمر ناقص الأهلية ، ولو بلغ أرذل العمر ، لأن علة نقص الأهلية هو نقص العقل ، وعدم القدرة على إدارة شئونه المالية ، فما بقيت هاتان الحقيقتان أو إحداهما فالحجر مستمر ، لبقاء علته وداعيه ، وقال أبو حنيفة أن الشخص إذا بلغ خمسه وعشرين سنة دفع إليه ماله ، ولو كان سفيهاً مادام عاقلا ، لأنه ببلوغ الخامسة والعشرين لا ينفع فيه زجر ولا تأديب ، ورحم الله أبا حنيفة ، فقد روى عنه أنه قال : « إذا بلغ الخامسة والعشرين احتمل أن يكون جداً فأنا أستحى أن أحجر عليه » ، وفى الحق أن الأصل عند أبى حنيفة أن الشخص متى بلغ عاقلا كملت أهليته ، ولكن إن كان سفيهاً لا يسلم إليه مال خشية أن يكون ذلك السفه بفعل الصبا ، وغرارة الشباب الباكر ، فمنع من ماله تأديباً وتربية ، وبعد الخامسة والعشرين لا موضع للتربية . فليسلم إليه ماله ، وليقض الله أمراً كان مفعولا ، ويؤيد فكرة أبى حنيفة من حيث التفرقة بين حال الشباب قبل الخامسة والعشرين وبعدها ما يذكره علماء النفس وعلماء التربية وعلماء الأخلاق من أن العادات

النفسية والخلقية تكون في دور التكون ، وتكون مرنة رخوة قبل الخامسة والعشرين ، وأكثر مرونة قبل العشرين ، وبعد الخامسة والعشرين تتكون العادات ، وتتخذ لها مجارى في النفس ، ويصعب جد الصعوبة تغييرها ، فإذا كان الفتى لم يبلغ الخامسة والعشرين وهو سفيه مبذر لماله ، متلف له ، فعسى أن يكون التأديب مغيراً لتلك العادة المرنة ، ولكن بعد الخامسة والعشرين يصعب تغييرها . فليترك حبله على غاربه .

١٦٥ — هذه حال السفه الأولى ، وهى بلوغ الشخص سفيها . أما الحال الثانية فهى بلوغه رشيداً ، ثم سفهه بعد ذلك . والحجر فيها موضع خلاف بين العلماء أيضاً فن العلماء ، وهم الأكثرون أيضاً من قال : إنه يصير ناقص الأهلية بالنسبة للتصرفات المالية الخاصة . ومن الفقهاء من قال إنه لا يحجر عليه بحال من الأحوال ، ومنهم أبو حنيفة على مقتضى أصله فى فقه هذه المسألة ، ومعه زفر بن الهذيل . وبعض العلماء من فقهاء المذاهب الأخرى .

ونرى من هذا السياق أن أبا حنيفة استمسك بعدم الحجر على السفيه واعتبره كامل الأهلية ، سواء أعرض له السفه بعد بلوغه رشيداً ، أم بلغ سفيهاً على النحو الذى علمته فى الحال الأولى ، فالأصل عنده أن السفه ليس سبباً فى نقص الأهلية ، وقد استدل لمذهبه هذا بما يأتى :

(١) عموم القرآن الكريم فى آياته الخاصة بالعقود ، من مثل « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ومن مثل : « وأوفوا بالعهد ؛ إن العهد كان مسئولا » ومن مثل قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وغير ذلك مما ورد فى آى الله تعالى حثاً على الوفاء بكل التزامات العقود ، ومثل ذلك ماورد فى الحديث من الأمر بالإهداء والصدقات والهبات من مثل قوله صلى الله عليه وسلم : « تهادوا تحابوا » ففى كل هذه الآيات والأحاديث الخطاب عام لكل المسلمين ،

ولا شك أن المبذرين والسفهاء داخلون فى عموم المؤمنين من غير خلاف بين علماء المسلمين ، فهم مطالبون بالوفاء بعقودهم ، وعدم النكث فى عهودهم ، سواء أكانت هبات وهدايا ، أم عقود مبادلة ما دام قد تحقق مناط العقود المالية ، وهو التراضى ، فمتى تحقق فقد وجب الوفاء بالعهد ؛ فلو قلنا بعد هذا أن المبذر لماله بعض عقوده باطل وبعض عقوده غير نافذ فمعنى ذلك أن الوفاء بها غير مطلوب ، ويكون ذلك تخصيصاً من عموم الأمر بالوفاء ، ولا يصح أن يكون تخصيص تلك النصوص الصريحة القاطعة فى دلالتها إلا بمثلها مما هو قطعى فى دلالته ، ونسبته إلى الشارع الإسلامى ؛ فما لم يكن كذلك لا يصلح مخصصاً ، ولم يقم من النصوص القرآنية ما هو قاطع فى دلالته أو من الأحاديث ما هو صحيح لا ريب فى نسبته ، وإذن فكل عقود المبذر لماله يجب الوفاء بها ، فلا يصح الحجر عليه ، وأهليته كاملة .

(ب) روى قتادة عن أنس بن مالك أن رجلا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبتاع ، وفى عقدته ضعف ، فأتى به أهله نبى الله صلى الله عليه وسلم ، فقالوا يانبى الله احجر على فلان ؛ فإنه يبتاع ، وفى عقدته ضعف ، فدعاه النبى صلى الله عليه وسلم ، فنهاه عن البيع ، فقال يانبى الله إنى لا أصبر عن البيع . فقال رسول الله ﷺ : إن بعت فقل ها ، وها ، ولا خلابة ، ولك الخيار ثلاثا . وروى عن ابن عمر رضى الله عنه أن رجلا ذكر لرسول الله ﷺ أنه يخدع فى البيع فقال النبى ﷺ إذا بايعت فقل لا خلابة فدل هذا على أن الرجل الذى يغبن فى البياعات ، وهو من نوع السفهاء بلا ريب لا يمنع من التصرف فى ماله ، ولو كان يمنع لأجاب النبى ﷺ أهل الرجل إلى ماطلبوا ، ولكنه لم يجبهم ، بل طلب إلى الرجل أن يمتنع مختاراً عن البيع ، ويسترشد بغيره ، فلما بين له عدم استطاعته ذلك أرشد إلى أنه يشترط لنفسه خيار ثلاثة أيام ، يتروى فيها ويتدبر ، ويراجع من يشاورهم فى أمره . ولو كان

جزاء الغبن ، والخدع فى البياعات وهى من السفه أو الغفلة — المنع ونقصان الأهلية لمنعه النبى ﷺ من التصرفات بعد أن ثبت الوصف الموجب للمنع والحجر ، ولكنه لم يفعل ، فدل ذلك على أن السفه أو الغفلة كلاهما لا يوجب نقصان أهلية ولا حجراً من التصرفات .

(ج) أن الشخص ببلوغه عاقلا سفيهاً أو غير سفيه قد بلغ حد الإنسانية المستقلة والشخصية المنفردة بشئونها ، فأى منع له من التصرف أذى لإنسانيته ، وإهدار لآدميته ، فمن الكرامة التى يستحقها الإنسان بمقتضى كونه إنساناً أن يكون مستقلا فى أمواله وإدارتها ، ينال الخير من تصرفاته الحسنة ، ويتحمل مغبة تصرفاته السيئة ، وبالكبوة والنهوض ، والعثرة والوقوف تصقل نفسه ، ويستفيد تجربة واختباراً ، ولا يصح لأحد أن يقول إن من مصلحته الحجر عليه ، فإن الحجر فى ذاته أذى لا يعدله أذى للحر الكريم ، إذ لا شىء آلم للنفس والروح من اهدار الأقوال ، وتقريب الإنسانية من مرتبة البهائم التى تنعق بما لا تعقل ، فلتذهب كل أمواله إسرافاً وبداراً . ولكن لتبق له نفسه ، ولتبق له آدميته فالمال غاد ورائح ، وأما جروح النفس فليس لها التئام . ولقد عهدنا من الشارع الإسلامى أنه يحترم الكرامة الإنسانية ، فالله يقول : « ولقد كرمنا بنى آدم فى البر والبحر ، ورزقناهم من الطيبات [1] » ولا يصح أيضاً لأحد أن يقول : إن مصلحة الجماعة فى الحجر على سفائها فى الأموال ، لأن من مصلحة الجماعة أن تنتقل الأموال إلى الأيدى التى تحسن استغلالها بدل

---

(١) يوفق الجصاص بين قول أبى حنيفة بعدم الحجر على السفيه ، وقوله تعالى : « ولا تبذر تبذيرا » بأن الآية فى ذم التبذير والنهى عنه ، وليس كل فعل مذموم أو منهى عنه مقتضيا للحجر والمنع ، فالإنسان منهى عن ترك زرعه وشجره من غير سقى ، وترك دوره وعقاره من غير تعمير ، فلو أنه ترك زرعه وغرسه من غير ماء ، ودوره يأكلها الخراب ما أجبره أحد على ذلك ، وما حجر عليه لأجلها فالنهى والذم شىء ، والحجر شىء آخر ، ولا يصح أن يرتب أحدهما على الآخر من غير دليل .

أن تبقى آمنة فى أيدى من لا يحسنون القيام عليها ، ويقام غيرهم لحراستها وصيانتها فقط ، إن من مصلحة الجماعة أن تنتقل الأموال من الأيدى الخاملة إلى الأيدى العاملة ، لكى يمكن ابن الإنسان أن يكشف عن كل ما فى الأرض من كنوز ، ويستدر أكثر ما فى هذا العالم من خيرات ، فإذا وصل المال إلى يد رعناء لم تستطع امساكه ، فلتترك لتلقفه يد أخرى تستطيع المحافظة عليه واستغلاله ، فمنع السفهاء من التصرفات ليس فيه إذن مصلحة للناس ، ولا مصلحة للسفهاء أنفسهم ، إذ هو أذى لإنسانيتهم وإذا كان أبو حنيفة قد استحيا أن يحجر على ابن الخامسة والعشرين ، فذلك دليل على مقدار علو شأن الإنسانية فى نظره رحمه الله .

(د) أن السفيه غير محجور من عقد الزواج بأجر المثل ، وغير محجور من الطلاق ، وذلك رأى من يحجر عليه فى الأمور المالية ، وهو كلام غير منطق ، كيف يكون حراً فى الزواج والطلاق والعتاق ، ويكون مقيداً فى الأموال ، إن الزواج أخطر شأناً ، ويحتاج إلى رأى ، وهو يتصل بحياة الإنسان فيشقيها أو يسعدها ، فكان أحرى بالمنع ، فإذا نفذ باتفاق الفقهاء فبالأولى العقود المالية تنفذ ؛ لأن خطرها أقل ، وشأنها عند الله والناس أهون ، وسوء المغبة فيها أقل من سوء المغبة فى الزواج إن لم يحسن التصرف فيهما . ثم إن جواز الزواج والطلاق دليل على كمال الأهلية ، وصلاحية العبارة للعقود ، والالتزامات من غير توقف على إرادة أحد ، فلا وجه إذن المنع فى المال ، بل ليس من المنطق ، ولا من الفقه أن ينفذ عقده فى الزواج ولا ينفذ كلامه فى عقد إجارة حانوت ، أو ما يشبهه ، إن ذلك لعمرى فى القياس غريب [1] .

---

(١) مما استدل به لأبى حنيفة أيضاً أن إقرار السفيه بما يوجب حداً أو قصاصاً جائز، ويحد ويقتص منه بمقتضى هذا الإقرار ، فكيف يسوغ إقراره، وينفذ عليه الحد الذى يسقط =

١٦٦ — هذه أدلة أبي حنيفة ومن رأى رأيه في عدم جواز الحجر على السفيه، وأن العاقل البالغ ليس لأحد عليه ولاية خاصة. أما أدلة الفقهاء الذين أجازوا الحجر على السفيه فتتلخص فيما يلي:

(ا) قوله تعالى: «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم، وقولوا لهم قولا معروفا»، وقوله تعالى: «فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو، فليملل وليه بالعدل» فدلت الآية الأولى على أن السفيه لا يسلم إليه ماله، بل ليس له من التصرف في ماله إلا أن يرزق ويكسى، أما وسائل التنمية والحفظ والصيانة فليست له، ولكن لغيره، وتأيد هذا المعنى بالآية الثانية، لأنها فرضت أن للسفيه ولياً هو الذي يتولى إنشاء صيغة عقد المداينة وإملاءه عند الكتابة. ولو كان للسفيه أن يتصرف في أمواله تصرف الراشدين ما كان له ولي يتولى عنه، وما أمر الله وليه أن يتولى الإملال بقوله فليملل وليه بالعدل». وإذا كان السفيه لا يعطى ماله، ولا يتصرف فيه، وله ولي فهو ناقص الأهلية، ومحجور عليه.

(ب) ماروى من أن عبد الله بن جعفر بن أبي طالب أتى الزبير بن العوام، فقال إني ابتعت بيعاً، ثم أن علياً يريد أن يحجر علي، فقال الزبير فإني شريكك في البيع. فأتى علي عثمان بن عفان فسأله أن يحجر على ابن أخيه عبد الله بن جعفر فقال الزبير أنا شريكه في البيع، فقال عثمان: كيف أحجر على رجل شريكه الزبير!! فدل هذا على أن الحجر على السفيه قضية معروفة عند الصحابة، وهي من الشريعة، وإلا ما طلبها علي لابن أخيه، وهو من نعلم علماً وفقهاً وتقى.

= بالشبهات بهذا الإقرار ومع ذلك لا يؤخذ بإقراره بماله، وهو أهون شأناً وأقل خطراً، ولا يسقط بالشبهة، هذا غير منطق.

ولم يستنكر أحد من الصحابة طلبه ، فلم ينكره الزبير ، ولم ينكره عثمان ، وإن كان كلاهما قد رأى أن عبد الله لا يستحق حجراً (١) .

وروى أيضاً أن عائشة بلغها أن عبد الله بن الزبير قال عنها وقد باعت بعض رباعها ، فقال لتنتهين وإلا حجرت عليها ، فقالت لله على أن لا أكلمه أبداً ، فهذا يدل على أن ابن الزبير وعائشة قد رأيا الحجر ، وعائشة مكانها من العلم والفتيا مكانها (٢) .

(ج) أن مصلحة السفيه المالية فى منعه ، فإن ترك وشأنه ضاع ماله ، وكان كلا على الناس ، وأن سبب الحجر فيه متحقق ، فإن السبب فى الحجر على الصغير الخشية من ضياع ماله ، وضياع المال فى السفيه أوضح ، لأن تبذيره (٣) محقق لا ريب فيه ، وإذا كان سبب الحجر ذلك وهو متحقق فيه ، فلابد أن يتحقق أثره ، وهو الحجر بالفعل . هذا ومن مصلحة الناس أن يحجر على سفهائهم ، لأنهم أن أضاعوا أموالهم كانوا عالة على الجماعة تطعمهم وتكسوهم ، أو يعيثون فيها فساداً ، ولا يتركون عامراً إلا خربوه ، ولا قائماً إلا هدموه .

١٦٧ — هذه أدلة الفريقين ، ونرجو أن نكون قد حكيناها على وجهها ، وقد اختلف محمد وأبو يوسف فى ابتداء الحجر على السفيه أمن وقت تحقق وصف السفه ، أو من وقت حكم القاضى به ؟ قال الأول محمد وقال الثانى

---

(١) رد أبو حنيفة هذا بأن المراد من السفهاء فى الآية الأولى الصغار ، لأن أل للعهد الذكرى ، والمذكور هم اليتامى ، فهم الصبيان وكذلك المراد بالسفهاء فى الثانية . ولا دليل يعين أنهم المبذرون .

(٢) لو سلم كل مايدل عليه الأثران ماتجاوز أنه رأى صحابى ، ورأى الصحابى فيما للرأى فيه مجال ليس بحجة .

(٣) يخرج رأى أبى حنيفة فى الأهلية على أن العلة فى نقصان أهلية الأداء عند الصغير هو العجز بسبب الصبا ، وذلك لايتحقق فى السفيه ، إذ هو ليس بعاجز .

أبو يوسف(١) ، فالحجر عند محمد يبتدىء من وقت إسرافه فى أمواله وتبذيره فيها ، وكل تصرف مالى من وقت تحقق وصف السفه عرضة للإبطال ، إذ قد صدر باطلا ، ولو لم يحكم القاضى بالسفه ، أما عند أبى يوسف فالحجر يبتدىء من وقت الحكم ، وكل تصرف قبله هو سائغ نافذ لا مجال للطعن فيه. وقد استدل محمد لرأيه بأن علة الحجر هى السفه والتبذير فى ماله ، فحيثما وجدت العلة وجد معها ما كانت علة فى وجوده ، فلا حاجة إذن إلى قضاء القاضى ، لأن القضاء ليس هو السبب ، ولا شرطاً فى السبب ، ومن جهة ثانية فالحجر بسبب السفه كالحجر بسبب العته ، كلاهما علة للحجر والمنع من التصرفات، ولو كان مع العته تمييز .

وقد ثبت الحجر على المعتوه بمجرد وجود العته ، فيثبت الحجر على السفيه بمجرد وجود السفه بذلك القياس الذى استوفى شروطه ، والجامع بينهما أن الحجر لمعنى فى نفس المحجور عليه ، لا لشىء خارج ، فمتى تحقق ذلك المعنى تحقق الحجر .

ووجهة نظر أبى يوسف أن الحجر على السفيه أمر يحتاج إلى نظر ،

---

(١) رأى مالك والشافعى كأبى يوسف فقد جاء فى أحكام القرآن للقرطبى ما نصه : « اختلف العلماء فى أفعال السفيه قبل الحجر فقال مالك وجميع أصحابه غير ابن القاسم : إن فعل السفيه وأمره كل جائز ، حتى يضرب الإمام على يده . وهو قول الشافعى وأبى يوسف. وقال ابن القاسم أفعاله غير جائزة ، وإن لم يضرب الإمام على يدة وقال أصبغ إن كان ظاهر السفه وأفعاله مردودة ، وإن كان غير ظاهر السفه ، فلا ترد أفعاله ، حتى يحجر عليه الإمام . واحتج سحنون لقول مالك بأن قال : « لو كانت أفعال السفيه مردودة قبل الحجر ما احتاج السلطان أن يحجر على أحد . وحجة ابن القاسم ما رواه البخارى من حديث جابر أن رجلا أعتق عبداً ليس له مال غيره ، فرده النبى صلى الله عليه وسلم ، ولم يكن حجر عليه قبل ذلك » .

واستدلال وترجيح بين أمور متعارضة ، وذلك أن في المسألة ضررين ، كلاهما محقق ثابت بلا ريب في وجوده . (أحدهما) ضرر الحجر وإهدار الحرية وعدم اعتبار بعض تصرفاته وعقوده ، وذلك نقص في آدميته ، و (ثانيهما) ضرر السرف والتبذير ، وإلقاء المال ذات اليمين وذات الشمال من غير هدى ، فكان لا بد من الموازنة بين الضررين ، وترجيح أحدهما على الآخر بنظر غير متحيز ، لا يحابي ولا يداجي ، وذلك يكون بالقضاء الذي يكون فيصلا بين حالين حال الإطلاق وحال التقييد ، ومرجحاً لأحد الضررين ، وإحدى المصلحتين ، وأيضاً فإن حقيقة السفه غير محسوسة لا يختلف فيها العقلاء ، بل إن السفه أمر تقديري اعتباري ، يختلف العقلاء الراشدون حوله ، فقد يرى بعض العقلاء تصرفا ، فيحكم بأنه سفه وتبذير ، ويراه عقلاء آخرون فيحكمون بأنه حكمة وتدبير ، فكان هذا الاختلاف بين الناس في حقيقة السفه داعياً لأن نحتاج إلى مرجح لأحد النظرين على الآخر ، ولأحد التقديرين ، وذلك يكون بالقضاء العادل .

وإننا لو قررنا أن الحجر يبتدىء من وقت ثبوته ، وعدنا بالنقض على كل تصرف حصل من وقت حدوث السفه ، لكان في ذلك ضرر محقق بكثير من الناس عاملوه قبل أن تتبين لهم حقيقة أمره ، وخصوصاً أن سفه السفيه لا يثبت بتصرف واحد ؛ بل بعدة تصرفات يتبين من مجموعها سفهه ، فلا يثبت السفه بتصرف فردي يثبت فيه سوء تقديره ، وقد يكون أول النادمين عليه ، فإذا جعلنا وجود السفه كافياً للحكم ، فسيقع ضرر بلا ريب على كثيرين ممن عاملوه على اعتبار أنه كامل الأهلية رشيد ، فلابد إذن من أمارة شاهدة معلمة بسفهه ليكون الناس على بينة من أمره ، وذلك يكون بحكم القضاء وإعلامه .

ثم إن الحجر بسبب السفه أمر مختلف فيه بين العلماء ، من حيث إقراره وعدم إقراره ، فأبو حنيفة كما علمت لا يقره ولا يسيغه ، فكان من الفقه وتحقيقاً للعدالة ألا يكون حجر فى مسألة إلا بعد قضاء القاضى ، ليكون قضاؤه ترجيحاً لأحد القولين ، وأخذا بأحد الرأيين على بينة وهدى ، ونظراً إلى مصلحة الناس فى كل مسألة يشملها ذلك الخلاف .

١٦٨ — ويشبه السفيه فى الخلاف والأحكام ذو الغفلة وهو الذى لا يهتدى إلى التصرفات الرابحة فيغبن فى المعاوضات لسهولة خدعه ، وأبو حنيفة لا يحجر عليه جرياً على أصله ، وأخذاً بطريقته من أنه لا يحجر على بالغ عاقل إلا إذا عرض له ما آف عقله ، فأعجزه عن تدبير أمره فيحجر عليه دفعاً لضرر العجز ، أما مذهب الصاحبين والشافعى ومالك وأحمد فالحجر عليه صيانة لماله ، ونظراً له ، وحديث منقذ بن حبان الذى يغبن فى البياعات حجة فى هذا الباب ، وفى الواقع أن ذا الغفلة يتشابه مع السفيه فى تصرفاته من حيث فساد التقدير وسوء التدبير ، وإتلاف الأموال ، وإن كان السفيه يقصد إلى الإتلاف بسبب سوء رأيه ، وعدم بعد نظره ، وذو الغفلة لا يقصد إلى الإتلاف . ولكن سوء الرأى كان سبباً فى التلف والضياع ، ولذلك تشابهت أحكامهما ، ولو عدهما باحث نوعاً واحداً ما جافى الصواب وما بعد عن التحقيق ، فهما فى الحكم سواء ، وفى المعنى متقاربان جداً .

وقد يعبر عن ذى الغفلة بالضعيف[1] ، ولعله المراد من الضعيف فى قوله

---

(١) جاء فى تفسير القرطبى فى تفسير هذه الآية : « الضعيف هو المدخول العقل — الناقص الفطنة — العاجز عن الإملاء » . وهذا التفسير يشمل المعتوه ، وذا الغفلة . وقد جاء فى القرطبى فى هذا الموضع أيضاً « اختلف العلماء فيمن يخدع فى البيوع لقلة خبرته ، وضعفه فهل يحجر عليه ؟ فقال بالحجر عليه أحمد وإسحق ، وقال آخرون لا يحجر عليه . والقولان فى المذهب (مذهب مالك) والصحيح الأول ، لهذه الآية ، ولقولهم فى

تعالى « وإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل .

١٦٩ — ومن قاصرى الأهلية المعتوه ، وذلك أن العته يعد شعبة من نقص العقل ، فإن الذى أصيب فى عقله إن كان مغلوباً بحيث لا يعقل قط كان فاقد الأهلية ، وهو المجنون عند الإطلاق ؛ وإن كان يعقل بعض الأمور ، فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء ، ويشبه بعضه كلام المغلوبين المختلطين كان معتوها ، فالمعتوه على هذا لا يكون إلا مميزاً [1] ، لأنه إن كان غير مميز بل كان مغلوباً لا يميز شيئاً ما كان معتوها ، بل يكون مجنوناً . ولكن الفتاوى الهندية أن تفرض أن العته قسم مقابل للجنون ، فالعته عندها أحياناً يصحبه تمييز ، وأحياناً لا يصحبه تمييز ؛ فإن كان لا يصحبه تمييز فالمعتوه فاقد الأهلية كالمجنون ، وإن كان يصحبه تمييز فالمعتوه قاصر الأهلية كالصبي المميز ، وربما كان من كلام الزيلعى ما يفيد هذا .

ولكن أكثر الكتب تسير على غيره ، فتفرض أن المعتوه لا يكون إلا مميزاً فإن فقد التمييز فهو مجنون على ما بينا ، وهـــذا اختلاف فى التعبير ، وليس بخلاف فى التفكير ، فلا تتغير به الأحكام ، ومهما يكن من شيء ، فالمعتوه المميز ، كالصغير المميز فى كل الأحكام . وهو قاصر الأهلية ، بالنسبة للأداء .

١٧٠ — ومما تقدم كله يستخلص أن قاصرى الأهلية هم الصبي المميز ،

= الحديث : « يانبى الله .. احجر على فلان » يقصد بالحديث حديث منقذ بن حبان الذى ذكرناه فى النبذة رقم ٧٠ ، وقد سبق دليلا لأبى حنيفة فى عدم الحجر على السفيه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يجبهم إلى الحجر .

(١) هذا ما تسير عليه الهداية ، وكمال الدين بن الهمام ، وفخر الاسلام البزدوى وغيره .

والمعتوه المميز ، والسفيه وذو الغفلة على الخلاف فيهما ، وأن نقص أهلية الأداء لا يمنع أن تثبت أهلية الوجوب كاملة ، فيثبت كل الحقوق التي أثبتناها للصبي غير المميز والمجنون ، ويتولى المعاملة بها الولي أو الوصي ، وكذلك لا يثبت من الواجبات على قاصري الأهلية إلا ما يثبت على الصبي غير المميز والمجنون ، فلا يثبت عليهم إلا المغارم المالية الخالصة ، أو ما كان فيه المال غالبا على ناحية العبادة ، ولا يثبت وجوب العبادات ولا العقوبات . بيد أن السفيه وذا الغفلة يعتبران من هذه الناحية كاملي الأهلية فيجب عليهم كل التكليفات الشرعية من عبادات وغيرها ، وتلزمهم العقوبات كاملة ، لأنهم مؤاخذون مكلفون كل التكاليف ، لم يسقط عنهم بسبب السفه أو الغفلة شيء منها ، أما الحجر عليهم فلمنعهم من إنفاق أموالهم في غير وجوهها ، حفظا لهم ، وصيانة لأموال المسلمين من أن تذهب إسرافا وبدارا ، أما الواجبات المالية التي أوجبها الشارع سواء أكانت عبادة أم غرما ماليا أم مئونة للمال أم صلة قربى أم بمقتضى عقد سائغ تولاه القوامون عليهم ، فهم مطالبون به ، لأن التكليف يوجب كل ذلك ، بخلاف الصغير المميز والمعتوه المميز ، فقد سقط عنهما التكليف ، فلا يطالبون بما هو عبادة (١) .

---

(١) الصبي المميز غير مكلف العبادة باتفاق الفقهاء ، أما المعتوه المميز فقد اختلف في سقوط العبادات عنه ، وقد بين ذلك الاختلاف صاحب كشف الأسرار ، فقال : « يوضع عن المعتوه الخطاب (أي التكليف) كما يوضع عن الصبي ، فلا تجب عليه العبادات ، ولا تثبت في حقه العقوبات ، كما في حق الصبي ، وهو اختيار عامة المتأخرين . وذكر القاضي أبو زيد رحمه الله في التقويم أن حكم العته حكم الصبا إلا في حق العبادات ، فإنا لم نسقط لوجوب احتياطا في وقت الخطاب ، وهو البلوغ بخلاف الصبا ، لأنه وقت سقوط الخطاب . وذكر صدر الإسلام مشيراً إلى هذا القول رادا عليه قائلا : إن بعض أصحابنا ظنوا أن العته غير ملحق بالصبا ، بل هو ملحق بالمرض ، حتى لا يمنع وجوب العبادات ، وليس كما ظنوا . بل العته نوع جنون ، فيمنع وجوب أداء الحقوق جميعاً ، إذ المعتوه لا يقف على عواقب الأمور ، كصبي ظهر فيه قليل عقل ، وتحقيقه أن نقصان العقل لما أثر في سقوط الخطاب عن الصبي كما أثر عدمه في حقه أثر في سقوط الخطاب بعد البلوغ أيضا ، كما أثر ـــ

١٧١ — أما أهلية الأداء فهى موضع النقص ، وموضع التفصيل ، وذلك أن قاصر الأهلية يعتبر من ناحية أهلا الأداء ، ومن ناحية ثانية يفرض فيه العجز عن الاستقلال بالتصرفات وإدارة أمواله ، وللأئمة هنا أنظار مختلفة يترتب على اختلافها اختلاف فى الأحكام ، فأبو حنيفة يرى أن ناقص الأهلية أهل لحكم التصرفات ، إذ يتولاها الولى ، وتلزمه آثارها ، وهو بما عنده من عقل ، وإن لم يكن كاملا أهل لمباشرة التصرفات ، فاجتمع عنده قبول ذمته للالتزام الذى ينشأ بالتصرف ، وصلاحية عبارته لأن تنعقد بها التصرفات ، وكان مقتضى ذلك أن تنفذ كل تصرفاته من غير رأى ولى أو وصى ، ولكن لوحظ فيه عجز بسبب عدم نضوج تفكيره ، وكمال عقله ، فروى ضم رأى الولى إليه ، فيما يباشره من التصرفات غير الضارة وأن يقوم بما لا يباشره مما تكون فيه مصلحته ، وقد انبنى على هذا النظر أن الصبى المميز إن باع بغبن فاحش وأجازه الولى أو الصبى نفذ البيع مع أن الولى لو باشره منفرداً ما جاز ، لأن أبا حنيفة لاحظ أن الصبى إذا تولى التصرف ما تولاه بإنابة من وليه ، بل تولاه بولايته الخاصة ، فلما انضم إليه رأى الولى كان ذلك دفعاً للعجز فى تصرف ناقص الأهلية ومثل ذلك يقال فى المعتوه المميز والسفيه وذى الغفلة فى غير موضع الخلاف ، وأبو يوسف ومحمد يريان أن قاصر الأهلية له عبارة تنعقد بها العقود ، ولكن لعجزه عن معرفة عواقب الأمور ، ورعاية مصالحه بسبب نقص عقله الذى أوجب نقص أهليته كانت الولاية فى العقود وسائر التصرفات المالية للولى ، فإن باشرها قاصر الأهلية

= عدمه فى السقوط بأن صار مجنوناً ؛ لأنه لا أثر للبلوغ إلا فى كمال العقل ، فإذا لم يحصل الكمال بحدوث هذه الآفة كان البلوغ وعدمه سواء » اهـ . وإذا كان سقوط العبادات موضع خلاف عن المعتوه ، فيصح إذن ان نقول إن من الأقوال من يجعل المعتوه كالسفيه وذى الغفلة بالنسبة للواجبات التى تثبت فى الذمة ، لأنه لا فرق إلا فى العبادات . وقد سقط ذلك الفرق عند بعض الفقهاء .

يكون بطريق الوكالة عن الولى ، وإن تولى من غير إنابة توقف على إجازته لا لسد النقص ، ولكن لأن ولاية العقد للولى لا له ، فهو لا يملك إلا ما يملكه الولى ، وعلى ذلك إذا باع أو اشترى ناقص الأهلية بغبن فاحش لا يصح عقده ولا يملك الولى أو الوصى إجازته ، لأنه لا يملك ذلك ، فلا يملك بالأولى الإذن به ، ولا إجازته . والشافعى رحمه الله رأى أن ناقص الأهلية بالنسبة للعقود والتصرفات التى للولى حق مباشرتها يكون كفاقد الأهلية ، وذلك لأن الشارع إذ أعطى الولى حق مباشرة التصرفات ، قد حكم بعجز المولى عليه عنها ، فلا يكون صالحاً لمباشرتها بنفسه ، ولا تنفذ ولو أجاز الولى ، لأن عبارته تصير غير صالحة لعقد هذا النوع من التصرفات التى حرم منها ، إذ لو صحت بعبارته لكان ذلك حكما بقدرته عليها مع أن الشارع قد حكم بعجزه عنها ، فمن التناقض أن يكون عليه ولى فيها ويجوز أن يباشرها بنفسه . وقد ترتب على ذلك أن بيع الصغير ، وسائر ناقصى الأهلية وشراءهم ونحوهما من العقود التى حجر عليهم فيها لا تنعقد ، ولا تكون موقوفة على إجازة الولى .

كما لا يصح الإذن لناقص الأهلية بالتجارة ، لأن عقود التجارة كلها أعطيت للولى فهى مسلوبة منه ، فليس له قدرة عليها ، وليس من شأن الإذن أن يخلق فى ناقص الأهلية قدرة حرمها ، ولا أن يجعل فيه أهلية سلبها .

ونرى من هذا أن ناقص الأهلية عند الحنفية عبارته تصح بها العقود والتصرفات ، ولذا يصلح أن يكون وكيلا عن غيره ، ولكن كل حقوق العقد الذى ينعقد بمقتضى الوكالة ترجع إلى الموكل . ولقد صرح الفقهاء بذلك بالنسبة للصغير والمعتوه ، أما ذو الغفلة والسفيه فهما بلا ريب ذو عبارة تنعقد العقود بها ، لأن الحجر عليهم للمصلحة والنظر لهم . ولقد جاء فى كشف الأسرار كلمة فى أهلية السفيه ننقلها لدقتها وهذا نصها : « السفه لا يوجب

خللا فى الأهلية ، لأنه لا يخل بالقدرة ظاهراً لسلامة التركيب ، وبقاء القوى الغريزية على حالها ، ولا باطنا لبقاء نور العقل بكمال ، إلا أنه يكابر عقله فى عمله ، فلا جرم يبقى مخاطبا بأمانة الله عز وجل فيخاطب بالأداء فى الدنيا ابتلاء ، ويجازى عليه فى الآخرة ، وإذا بقى أهلا لتحمل أمانة الله عز وجل ، ووجوب حقوقه بقى أهلا فى حقوق العباد ، وهى التصرفات بالطريق الأولى ؛ لأن حقوق الله أعظم ، فإنها لا تحمل إلا على من هو كامل الحال ، ألا ترى أن الصبى أهل للتصرفات ، مع أنه ليس بأهل لإيجاب حقوق الله عز وجل ، وتحمل أمانته ، فمن هو أهل لتحمل أمانته أولى أن يكون أهلا للتصرفات » اهـ .

فالسفيه بلا ريب أهل لأداء الحقوق والواجبات ، ولكن منع من التصرفات المالية رعاية لمصلحته ، وحفظاً لأمواله ، وحملا له على الجادة .

١٧٣ - وإذا كان ناقص الأهلية له عبارة تنعقد بها التصرفات ، فالتصرفات بالنسبة له عند الحنفية تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

(١) تصرفات نافعة نفعاً محضاً ، بحيث لا يكون ثمة ضرر فيها قط كقبول الهبة ، وقبول الكفالة .

(٢) وضارة ضرراً محضا بحيث لا يكون فيها أى نفع مالى له كالإعتاق ، والهبة والطلاق .

(٣) وتصرفات تقبل الضرر ، والنفع .

فأما القسم الأول ، فينعقد وينفذ من ناقص الأهلية ، لأن عبارته صالحة لإنشاء العقود وسائر التصرفات ، ولذلك صلح وكيلا عن غيره كما بينا ، ولما كان ذلك النوع من التصرفات نافعاً له نفعاً محضاً لا ضرر فيه ، كان من المصلحة تنفيذه بالنسبة له ، ولم يكن فى حاجة إلى إجازة ولى أو وصى ، لأن الرفض لا يصح ، وهو ضرر به ، فلا حاجة إذن لهذه الإجازة . وفى تنفيذ هذه التصرفات من غير إجازة الولى ، والحكم بصحة كلامه النافع له نفعاً

محضاً من غير اعتماد على أحد – منافع معنوية كبيرة ، إذ بذلك يمرن على التصرفات النافعة ، ويدرك المنافع والأرباح ، ومضار الغبن والخسران ، ويهتدى إلى أبواب المعاملة المالية بالتجربة من غير أن يلحق ماله نقص .

وأما التصرفات الضارة به ضرراً محضاً من غير نفع مالى ظاهر ، كالهبة والوصية والإعتاق[١] ، فإنها لا تنعقد من ناقص الأهلية ؛ لأن هذه التصرفات تضر به ، وعبارته إنما تساغ فيما فيه مصلحة له ، أو فيه احتمال تلك المصلحة ، فلم تصلح عبارته ؛ لإنشاء ذلك النوع من التصرفات ، إذ هى تنشىء عليه التزاما من غير أن يكون له فيه فائدة واضحة ، أو من غير أن يتعهد الطرف الآخر له فى نظير ذلك بشىء ، وعلى فرض أن عبارته تصلح لإنشائها ، فهى تكون محتاجة إلى أن يضم رأى الولى فيها إليه ؛ أو إلى إذن الولى بها ، وليس فيها مصلحة محتملة حتى يضم الولى رأيه إلى القاصر ، أو يأذن بالتصرف وولاية الولى للنظر والمصلحة ، فلا يصلح أن تقر عملا فيه مضرة من غير احتمال نفع ، لهذا لا تنعقد من ناقص الأهلية التصرفات الضارة ضرراً محضاً إلا ما سنبينه من الاستثناء فيما يأتى :

وأما التصرفات المحتملة للنفع والضرر كالبيع والشراء والشركات ، والإجارات والنكاح[٢] وغير ذلك ، فهى تنشأ وتنعقد بعبارة الصغير ، ولكن تكون موقوفة على إجازة الولى أو الوصى ، أما انعقادها بعبارته ؛ فلأن عبارته صالحة لإنشاء التصرفات ، إذ يتوافر فيها القصد إلى معانى العقد، وفهم معانى الألفاظ التى تنعقد بها العقود . وفوق ذلك فى تصحيح عبارته فائدة تعويده التجارات ، وتمريسه بها ، والظفر بالكسب وإشعاره بمضاضة الخسارة بعدم إجازتها . وأما حاجة تنفيذ هذه التصرفات إلى إجازة الولى

---

(١) سنبين فيما أتى أن بعض هذه التصرفات تجوز من السفيه ، وذى الغفلة .
(٢) سنبين أن النكاح يجوز من السفيه وذى الغفلة .

والوصى ؛ فذلك لأن فى عقله نقصاً ، وفى رأيه ضعفاً ، ويخشى عليه مغبة تصرفه ، وفساد تدبيره ، وعدم تقديره العواقب ، فكان لابد من رأى الولى ، لتنفذ هذه العقود ؛ فإن أجازها نفذت ، وإن لم يجزها بطلت ، والشرط فى الإجارة أن تكون إجازة معتبرة صحيحة ، بأن يكون التصرف نفسه يملكه الوصى ، فإن كان لا يملكه لم تكن إجازته معتبرة ، كأن يكون ناقص الأهلية قد باع بعض عقاره ، والوصى لا يملك بيع العقار ، فإجازته له تكون غير معتبرة ، لأن من لا يملك إنشاء تصرف لا يملك الإذن به ، ولا يملك إجازته ، ولذا إذا باع الصغير عقاراً والوصى عليه لا يملك البيع ، فإن عقده فى حكم العقد الباطل ؛ لعدم صلاحيته للتنفيذ .

١٧٣ — هذه الأقسام الثلاثة المذكورة تعم العقود كلها بالنسبة للصغير المميز والمعتوه ، فكل تصرفاتهم الشرعية تسرى عليها أحكام هذه الأقسام ، أما بالنسبة لذى الغفلة والسفيه فإنها تسرى فقط على تصرفاتهم المالية الخالصة ماعدا الوصية والوقف . وإن الأمر يحتاج إلى بعض التفصيل بالنسبة لهما فنقول :

التصرفات قسمان[1] تصرفات لا تقبل النقض والفسخ ، وهى التى تظهر أحكامها بمجرد ثبوت أسبابها ، وهى التى لا يفسدها الهزل ، كما بينا عند الكلام فى الرضا ، كالنكاح والطلاق ، والعتاق وهذه تصح منهما ؛ وذلك

---

(١) خالف الشافعى فى صحة العتق من السفيه ، فقال إنه لا يصح ، ولكن صاحبى أبى حنيفة قالا إن العتق منه يصح ، ولكن على العبد أن يسعى بقيمته ، لأن العتق تضمن إسقاطاً للرق ، وإتلافاً لمقدار من المال فاسقاط الرق يزول ، ولكن يبقى المال لازماً ، لأن المال موضوع الحجر ، وهناك رواية أخرى تقول لا يستسعى العبد المعتق . وإذا عقد عقد زواج وجب أجر المثل بشرط ألا يزيد عن المسمى ، وزواجه صحيح ، ولو كان يتزوج كل يوم أربعاً ويطلقهن ساعة زواجه منهن ، لأن الزواج خارج عن نطاق الحجر ، والمال تابع .

لأن الفقهاء فرضوا عبارات السفيه وذى الغفلة كعبارات الهازل لأن الهازل يخرج كلامه على غير نهج العقلاء لقصد اللعب بالعبارات بعدم إرادة ما وضعت له لغة وشرعاً ، فكذلك السفيه يخرج كلامه على غير نهج العقلاء ، لاتباع الهوى ، ومكابرة العقل ، لا لنقصان العقل فى ذاته ، ولكن لسوء الرأى والتدبير وغلبة الهوى والشهوات الجامحة على العقل المفكر وإطفاء نوره .

وللزواج جانب مالى وإن لم يكن مقصوداً لذاته ، ولذا يصح من السفيه وذى الغفلة الزواج ، ولكن لا يلزم إلا مهر المثل بشرط أن لا يتجاوز المسمى ، فالواجب أداؤه بمقتضى ذلك الزواج هو الأقل من المسمى ومهر المثل ، وذلك لأن الزواج بأكثر من مهر المثل إسراف وتبذير ، فيدخل فى ضمن مواضع الحجر ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى قد قرر الفقهاء أن الزواج فى ذاته لا يؤثر فيه الهزل ، ولكن تسمية المهر للهزل أثر فيها ، والمقرر فقهيا ، أن ما لا يؤثر فى صحته الهزل يصح من السفيه ، وما يؤثر الهزل فى صحته فهو موضع حجر السفيه وذى الغفلة ، فالقاعدة تسير فى مداها ، ولا استثناء فيها .

أما التصرفات التى تقبل النقض والفسخ كالبيع والشراء والإجارة والمزارعة ، أو ما يعبر عنه فى لسان الفقهاء بأنه ما يصح أن تتراخى آثاره عن أسبابه ، أو ما لا يصح مع الهزل ، فهذا النوع هو موضع الحجر ، وتجرى فيه الأقسام الثلاثة التى ذكرناها ، إذ يكون السفيه وذو الغفلة فيه كالصبى المميز والمعتوه ، غير أنه استثنى من ذلك تصرفان قد قال الفقهاء إنهما يجوزان من السفيه وذى الغفلة ولا يجوزان من الصغير والمعتوه ، وهما الوصية بالثلث فى غير سبيل فسق بحيث يصح أن توجد من أهل الصلاح والتقوى ، كالوصية فى سبيل بر للمساكين أو للفقراء ، أو لبعض قرابته غير الوارثين أو نحو ذلك ، لكن وصيته لأهل الفسق والمجون كوصيته لمغنية أو راقصة ، أو نحوهما فلا تصح .

وثانيهما : الوقف على النفس ومن بعده على ذريته . وقد كان القياس ألا تنعقد وصيته ولا وقفه ؛ لأنهما تصرفان يعدان من باب الهبات والصدقات ، وذلك لا ينعقد من ذى الأهلية القاصرة ، ولكن استحسن الفقهاء صحة الوقف والوصية ، لأن الوقف على نفسه ، ومن بعده على ذريته ثم على جهة بر لا يعد إتلافاً للمال ، بل إنه صيانة له من أن تقع العقارات تحت سلطان الإسراف والتبذير ، من غير ضرر يلحق بالورثة فى ذلك التصرف ، فهو يعد احتياطياً من سوء العقبى يفعله كثيرون من الراشدين ، وأما الوصية فجازت لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، وإذا كانت على طريق ما يفعله أهل الصلاح لا يضيره منها شىء ، بل يناله النفع الأخروى من غير ضرر دنيوى [1] .

ولقد لخص الإمام محمد الفرق بين السفيه وذى الغفلة وبين الصبى المميز والمعتوه فى أربعة أمور فقال : والمحجور [2] بمنزلة إلا فى أربعة :

أحدها : أن تصرف الوصى فى مال الصبى جائز ، وفى مال المحجور عليه باطل .

والثانى : أن إعتاق المحجور وتدبيره وطلاقه ونكاحه جائز ، ومن الصبى باطل .

---

(١) اعتمدنا فيما كتبناه فى الأهلية القاصرة على أصول فخر الإسلام الجزء الرابع باب الأهلية وعوارضها ، وكذلك شرح المنار والتقرير والتحبير الجزء الثانى باب الأهلية وعوارضها وأحكام القرآن للجصاص تفسير قوله تعالى « وإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً » فى المجلد الأول وأحكام القرآن للقرطبى الجزء الخامس تفسير قوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » والزيلعى خامس باب الحجر وفتح القدير سابع باب الحجر ، وابن عابدين خامس ، والبحر الثامن ، والأشباه والنظائر الجزء الثانى فى الحجر ، ورسالة الأهلية وعوارضها لأستاذنا أحمد ابراهيم بك .

(٢) المحجور المراد به السفيه .

والثالث : المحجور عليه إذا أوصى بوصية جازت من ثلث ماله ، ومن الصبي لا تجوز .

والرابع : جارية المحجور عليه إذا جاءت بولد ، فادعاه ثبت نسبه منه ، ومن الصبي لا يثبت .

١٧٤ — هؤلاء الذين ذكرناهم يعتبرون قاصرى الأهلية ، وغيرهم من المميزين يعدون كاملى الأهلية ، وبعبارة عامة يعتبر كامل الأهلية كل بالغ عاقل حر رشيد كما بينا ، سواء أكان ذكراً أم أنثى ، وسواء أكان صحيحاً أم مريضاً ، ما دامت قواه العقلية سليمة ، غير أن المرأة اختصت ببعض الخلاف فى أهليتها لإنشاء العبارة التى ينعقد بها عقد الزواج ، والمريض اختص ببعض الأحكام لتعلق حق الورثة والدائنين بماله ، ولنخص كل واحد منهما بكلمة :

أهلية المرأة في الشريعة الإسلامية

١٧٥ – تعطى الشريعة الإسلامية المرأة من الأهلية، سواء أكانت أهلية وجوب أم أهلية أداء ما تعطيه الرجل، فهما فيها على سواء عند جمهور الفقهاء، فيثبت للمرأة من الحقوق المالية وغيرها ما يثبت للرجل، ويجب عليها مثل ما يجب عليه، ولها الحق في المعاملة، ومباشرة الأسباب التي تنشىء التزامات وتوجب حقوقاً لغيرها، ما دامت عاقلة مميزة رشيدة، فلها ذمة صالحة لكل الالتزامات، ولها إرادة مستقلة تنشىء بها تصرفات يقرها الشارع. بيد أنه بالنسبة لأهليتها الأداء، وهي أهليتها المعاملة، ومباشرة التصرفات الشرعية يجب ملاحظة أمرين:

أحدهما: أن الفقهاء اختلفوا في صلاحية عبارتها لإنشاء عقد النكاح، مع اتفاقهم جميعاً على أن لها الحرية المطلقة في اختيار الأزواج، لا تحمل على زوج، ولا يفرض عليها رجل حياتها فرضاً من غير رضاها، ولا تعضل عن الزوج الكفء. فإن أساء أولياؤها، وعضلوها عمن اختارت رفع القاضي ذلك الظلم، ودفع عنها هذا الإيذاء، وأمكنها من الزواج ممن ارتضته مادام من الأكفاء لها، ولكن الاختلاف ليس في حرية الاختيار، بل في كون النكاح ينعقد بعبارة النساء أو لا ينعقد، فجمهور الفقهاء على أن النكاح لا ينعقد بعبارة المرأة، وإن كان لا بد من رضاها ما دامت بالغة رشيدة، وخالف أبو حنيفة وبعض أصحابه[1] الجمهور، وقال إن النكاح ينعقد بعبارة المرأة الرشيدة، لأنه حقها أولا وبالذات، ولها السلطان المطلق عليه ما دامت لم تسىء إلى أوليائها باختيارها غير الكفء، ولكن مع ذلك يقرر

---

(١) وقد روى عن الإمام محمد أن الولاية شركة بين الولي والمرأة الرشيدة، بمعنى أنه إن زوجها توقف على إجازتها، وإن زوجت نفسها توقفت على إجازته.

الحنفية أن المستحسن أن يتولى الأولياء عنها الصيغة من غير إلزام ، فإن تولت هي الصيغة فعلت غير المستحسن ، وما عدت ولا ظلمت ، ولا تجنت ، ولا أثمت ، وكلاهما نافذ ، لأنه في حدود سلطانها ، ولكل فريق من الفقهاء وجهة هو موليها :

فوجهة نظر أبي حنيفة : (١) ورود الآيات الكريمة بإضافة الزواج إليها ، ذلك قوله تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد ، حتى تنكح زوجاً غيره ، فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله » ففي هذه الآية الكريمة أضاف الله سبحانه وتعالى النكاح إليها ، وهو حدث ، والحدث يضاف إلى فاعله ، فإضافته إليها دليل على اعتبار الشارع للعبارات الصادرة عنها المنشئة للعقد ، ولقد أضاف الله النكاح إليها مرتين (إحداهما) في قوله : « حتى تنكح زوجاً غيره » و(الثانية) في قوله « أن يتراجعا » فلا يصح أن يشك في أن تلك الإضافة دليل على اعتبار ما صدر عنها نكاحاً يقره الشارع ، وإلا ما سماه نكاحا ، وما سمى ما كان بينها وبين زوجها الأول بعد طلاق الثاني تراجعاً ، وعوداً للقديم ، ومن جهة ثانية قد جعل هذا الفعل منها غاية التحريم وإنهاء له ، ولا ينهي تحريم الشارع إلا أمر يعتبره الشارع محللا بعد ذلك التحريم ، ومنهياً له ، وذلك لا يكون إلا إذا اعتبر الشارع النكاح الصادر عنها المضاف إليها شرعياً من كل الوجوه .

ومن الآيات الكريمة التي أضيف النكاح فيها إليها أيضاً قوله تعالى : « وإذا طلقتم النساء ، فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » وقد أضاف النكاح هنا إليها ، فدل على أنه يعتبر إن أنشأته وأوجدت

عباراته ، وفوق ذلك في الآية دلالة أخرى على أن الولاية لها كاملة ، وليس الأولياء عليها سلطان إن اختارت من الأكفاء ، لأن فى الآية نهياً الأولياء عن منعها من الزواج بالأكفاء ، إذ فيها نهى عن العضل ، وهو التضييق الظالم ، وذلك يكون بمنعها من زواج الكفء ، والنهى عن شىء يثبت أنه غير حق ولا يرضاه الشارع ، فنهى الأولياء إذن عن المنع دليل على أن المنع ليس من حقهم ، ولا يسوغ لهم ، وذلك يدل على أن المرأة كامل الولاية فى اختيار الأكفاء .

(ب) ما ورد من الآثار المثبتة أن المرأة تملك نفسها وأن ليس لأحد عليها من سلطان فى أمر الزواج ما دامت لم تختر من يتعير به ذووها ، من مثل قوله عليه الصلاة والسلام « الأيم أحق بنفسها من وليها » والأيم من لا زوج لها ، وقوله عليه السلام « ليس للولى مع الثيب أمر » . وذلك بلا ريب يدل على أن نكاح الثيب بنفسها معتبر من الشارع صحيح عنده ؛ ولو كان زواجها لا يجوز إلا بالولى ، لكان له أمر معها ، وذلك ينافى الحديث .

(ج) أن الولاية على الحر لا تثبت إلا للضرورة ؛ لأنها تتنافى مع الحرية ، إذ مقتضى الحرية أن يكون الشخص مستقلا فى أموره مدبراً لكل شئونه ؛ لا يحد من سلطانه فى شأن نفسه إلا أن يمتد تصرفه إلى غيره بضرر يناله ، ومنع انعقاد النكاح إلا بعبارة الأولياء ولاية تثبت من غير ضرورة إليها ، وتتنافى مع حرية البالغ الرشيد من غير حاجة ماسة ، ولا يحتج بثبوت تلك الولاية قبل الرشد ؛ لأنها كانت للعجز بسبب نقصان المدارك ، ولا عجز بعد البلوغ والرشد فتثبت كاملة ، ويصح النكاح بعبارة النساء . ومن جهة ثانية قد قرر الفقهاء إلا من شذ بأن لها ولاية كاملة على مالها ، فتثبت كاملة بالنسبة لزواجها ، ولا فرق بين الأمرين ، ومناط كمال الولاية واحد فيهما ؛ لأن مناط كمال الولاية البلوغ من الرشد ، وقد ثبت كمالها فى المال ؛

فيثبت فى الزواج أيضاً . هذا ومن جهة ثالثة قد ثبت للفتى بمجرد بلوغه عاقلا ولاية عقد الزواج بنفسه ، فيثبت للفتاة بمجرد بلوغها عاقلة ، بطريق القياس عليه ، ولا فرق بين الذكر والأنثى بالنسبة للزواج ؛ فإذا كان الزواج خطيراً ، فهو خطير عليهما ، وإذا كان فى الزواج احتمال ضرر بالأولياء ، فهذا الاحتمال ثابت بالنسبة للفتى ، لأن الأولاد من خضراء الدمن يجر الأسرة عاراً ، ويجلب لها شناراً ، فلا معنى لمنع انعقاد النكاح من النساء ، وإجازته من الفتيان ، إلا التفضيل من غير سناد يعتمد عليه[1] .

١٧٦ - هذه وجهة نظر أبى حنيفة وبعض أصحابه فى صحة انعقاد النكاح بعبارة المرأة الرشيدة إذا اختارت كفئاً ووجهة نظر الجمهور فى منع انعقاد النكاح بعبارة النساء :

(١) أن الله سبحانه وتعالى أضاف الإنكاح إلى الأولياء فى قوله تعالى « وأنكحوا الأيامى منكم ، والصالحين من عبادكم وإمائكم » فالنكاح إذا أضيف للمرأة فى آى القرآن الحكيم فباعتبار أن آثاره ترجع إليها وإلى زوجها ، ولا ترجع إلى الأولياء أحكامه ، بل الذى يرجع إليهم منه إما العار وإما الفخار ، وأما الإنكاح وهو إحداث عقد النكاح فقد أضيف إلى الأولياء ، وهو نص فى إحداث عقد الزواج ، ومثل ذلك قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » فى مقابل « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » فلما كان الفعل متعلقاً بتولى صيغة العقد للرجل أضيف النكاح وأثره إليه ، ولما كان الأمر متعلقاً بتزوج المشركين من نساء مسلمات ، لم يجعل الخطاب للنساء بل لأوليائهن بالنهى لهم عن الإنكاح بأن يعقدوا للنساء اللاتى فى ولايتهم عقداً على مشرك ، وفى كل هذا كانت إضافة الصيغة للرجل ،

---

(١) قد اعتمدنا فى بيان هذه الأدلة على أحكام القرآن للجصاص الجزء الأول ، وأحكام القرآن للقرطبى الجزء الثالث ، والزيلعى الجزء الثانى ، والبدائع الثانى ، والفروق للقرافى الثالث .

مع أنها كانت تتعلق بالمرأة ، ولا تتعلق بغيرها ، فإذا كانت الإضافة تكون لمن له الولاية ، فالولاية للرجل ، وليس في القرآن كله عبارة تضيف الإنكاح إلى المرأة .

(ب) ما ورد في الآثار من أنه صلى الله عليه وسلم قال : « إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه ، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير » ومن أنه قال صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل ، وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من ولي له » أخرجه الترمذي وقال فيه حديث حسن ، وحديث ابن عباس « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » ، وغير ذلك من الآثار ، وكلها يتأدى إلى معنى واحد ، وهو أن النكاح لا يعقد بعبارة النساء ، بل الذي يتولى الصيغة ، وإنشاءه الرجل .

(ج) إن النكاح عظيم الخطر ، بعيد الأثر ، عميق الغور في حياة الرجل والمرأة ، يربط أسرتين ، ويؤدم به بين شخصين بحياة سعيدة ، إن سعدا به ، وهو بالنسبة لأسرة المرأة إما أن يجر خزياً ، وإما أن يجلب شرفا ، فأسرة المرأة ينقصها زواج فتياتها من الخسيس ، والرجل لا ينقصه ولا ينقص أسرته أن يتزوج من الخسيسة ؛ لأن عقدة النكاح بيده يصلها إن أسعدته ، ويفصمها إن أشقته ؛ لذلك كان لابد من اشتراك أولياء المرأة معها في الرأي ، ولا يصح أن تنفرد دونهم لأن عقبى الزواج لا تعود عليها وحدها ، بل تتعدى إليهم إما بالاطمئنان والقرار ، وإما بالألم والعار ، ولا يصح إذن أن تقاس حالها على حال الرجل الرشيد ، لأن زواجه لا يتعدى ضرره أو سعادته إلى غيره إلا برشاش قليل ، لا يجلب ذلا ، ولا يتبع عزاً .

ثم إن معرفة أحوال الرجال ، ومكنون نفوسهم ، وخفايا شئونهم ،

لا تتم إلا بالممارسة والمخالطة ، وتقصى أحوالهم والاتصال بهم . ومعرفة كفاءتهم للمرأة فى الزواج تستدعى كل هذا ، وهى لا تتم للمرأة التى تقر فى بيتها ، وتسكن إلى أهلها ، بل حتى التى تغشى الأسواق ، ولا تمتنع عن مخاطبة الرجال ، بل لا تتم هذه المعرفة إلا للأقران والمعاشرين والمخالطين ، ومن السهل على الرجل أن يتعرف بهم ويستقصى أخبارهم ، وله من هدوء النفس والاطمئنان ما يجعله يوازن ويقايس ، حتى يصل إلى اليقين الجازم ، أو الظن الراجح . أما المرأة فقد تدفعها غرارتها أو سذاجتها ، أو الرغبة الجامحة إلى أن ترى حسناً من ليس بالحسن ، وكفئاً من ليس بالكفء ، وكثيراً ما يحدث ذلك عندما يطلق الحبل على الغارب . فكان من مصلحتها أن يشترك غيرها معها فى ذلك الأمر الجليل الذى يمتد إلى حياتها كلها فيسعدها أو يشقيها . ولا بد إذن من أن يكون وليها معها فى عقد زواجها .

وإن عقد الزواج عقد ينظر إليه الإسلام ، بل كل الشرائع نظرة تقديس فليس كالصفق فى الأسواق وما يشبهه من العقود ، لأنه يتعلق بالأبضاع والأنساب ، وحفظ النوع الإنسانى على أكمل وجه ، فكان لا بد أن يحوطه الشارع ببعض الأمور الشكلية ، فجعل الإعلان أساساً لانعقاده ، وكذلك جعل من تقديسه ألا يتولى عبارته إلا الرجال ، وعرف الناس فى كل الأعصار يسير على هذا ، ومن يخالفه ينظرون إليه نظرهم إلى من يشذ فى تصرفه ، ويخرج عن الحد الذى ينبغى لذلك العقد من التقديس والتقدير ، ولقد قال ابن تيمية فى هذا المقام ما نصه : « أمر بالولى والشهود ونحو ذلك مبالغة فى تمييزه عن السفاح ، وصيانة للنساء عن التشبه بالبغايا ، حتى شرع الصوت بالدف والوليمة الموجبة لشهرته ، ولهذا جاء فى الأثر : المرأة لا تزوج نفسها ، فإن البغى هى التى تزوج نفسها ، وأمر فيه بالإشهاد أو بالإعلان أو بهما جميعاً »(١) .

---

(١) الجزء الثالث من فتاوى ابن تيمية فى بحث العقود والشروط . وقد استخلصنا =

١٧٧ — هذا هو الأمر الذى اختلف فيه الفقهاء بالنسبة لكمال أهلية المرأة من حيث العقود ، وليس الاختلاف فى إجبارها ؛ لأن أحداً لم يجز إجبار البالغة الرشيدة ، إنما الخلاف فى أن لها أن تنفرد بإنشاء صيغة الزواج دون الأولياء أولا ، وبعبارة أدق ، أتصلح عبارتها لإنشاء عقد النكاح أم لا . أما إجبارها فليس لأحد عليها من سلطان فيه فلها أن ترفض من تشاء ، ومن تختاره إن كان كفئاً وامتنع الأولياء عن العقد كان ذلك ظلماً منهم وعضلا ، فترفع الأمر إلى القاضى ليتولى هو إنشاء صيغة العقد أو ينيب غيره ، فهو ولى من لا ولى له ، وقد تنحى هؤلاء عن الولاية بظلمهم فيتولى هو دونهم .

أما الأمر الثانى ، فهو اختلافهم فى كمال ولايتها المالية ، وهو اختلاف أقل ذكراً من الأول ، وأهون خطراً ، بل يروى أنه موضع إجماع لا خلاف فيه ، ولكن الأصح رواية الخلاف ، وجمهور الفقهاء على أن المرأة البالغة الرشيدة لها الحرية التامة فى كل مالها ، ليس لأحد عليها من سلطان ، سواء أكان ولياً أم زوجاً ، لأن الرجل والأنثى بالنسبة للأموال سواء ، وخالف الجمهور مالك رضى الله عنه فى رواية عنه ، وكانت مخالفته للجمهور فى موضعين .

أحدهما : بالنسبة للبكر البالغة ، فهو يرى أن الحجر يستمر ولو بلغت عاقلة ، حتى تتزوج ويدخل زوجها بها ، وهى بذلك مخالفة للغلام ؛ لأنه يرى أن رشدها لا يتم إلا بذلك ؛ لكونها فى حال بكارتها محجوبة ، لا تعانى الأمور ، ولا تبرز للناس . والفتى حاله غير حالها ، فإنه بتصرفه وملاقاته للناس من أول نشأته إلى بلوغه يحصل له الاختبار ، ويكمل عقله بالبلوغ ،

= هذه الأدلة من بداية المجتهد الجزء الثانى وأحكام القرآن للقرطبى الجزء الثالث ، والفروق الجزء الثالث ، والبدائع الجزء الثانى .

إن أونس منه الرشد ، فيحصل الغرض ، ، و يتم مقصد الشارع . و يستمر الحجر على الفتاة ما لم تتزوج إذا كانت ذات أب أو إذا كانت يتيمة ، فالوصي يستمر قائماً على مالها حتى تتزوج أو تعنس ، وعماد مالك فى مخالفة الجمهور أنه لم يعتبر البكر رشيدة ولا مؤنساً رشدها ، والله قد ناط ولاية المال بإيناس الرشد ، فى قوله تعالى : « فإن آنستم منهم رشداً ، فادفعوا إليهم أموالهم » ولا حجة له سوى هذا ، ولذا لا يعد قوله راجحاً ، بل روى عنه الموافقة لجمهور أهل الفقه فى هذا ، لأن الفتى والفتاة فى السلطان على المال سواء .

الموضع الثانى : أن مالكا يرى أن المرأة المتزوجة الرشيد لها أن تعقد صفقات فى مالها ، فلها أن تعقد كل عقود المبادلات ، ولكن ليس لها التبرع من مالها بغير إذن زوجها بأكثر من الثلث ، وهو رواية عن الإمام أحمد رضى الله عنه ، وعماد هذا القول أنه روى أن امرأة كعب بن مالك أتت النبى بحلى لها ، فقال لها صلى الله عليه وسلم : « لا يجوز لامرأة عطية ، حتى يأذن زوجها ، فهل استأذنت كعباً؟ فقالت نعم . فبعث إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال هل أذنت لها تتصدق بحليها ؟ قال نعم ، فقبله » ولأن للزوج بعض الحق فى مالها ؛ إذ العادة أن المهر يزيد وينقص تبعاً لزيادة مالها ونقصه ، فله بهذا الاعتبار فيه نوع من الحق ، فصارت كالمريض فى تعلق حق الورثة بماله .

وهذه كما نرى حجج لا تقف أمام عموم النصوص التى جاءت بشأن الولاية والأهلية وشمولها للذكر والأنثى على سواء ، والحديث الذى يعتمد عليه ينكره أكثر العلماء . ولقد رد ابن حزم على مالك رداً قوياً مظفراً فى المحلى . جاء فيه : « أما قول مالك فلا نعلم له متعلقاً لا من القرآن ولا من السنن ، ولا من رواية سقيمة ، ولا من قول صاحب ولا تابع ، ولا أحد

قبله إلا رواية عن عمر بن عبد العزيز ، قد صح عنه خلافها ، ولا من قياس ، ولا من رأى له وجه ، ثم يرد قياس المرأة على المريض ، ويثبت بطلانه بوجوه .

أحدها : أن المرأة صحيحة ولا يصح قياس الصحيح على المريض .

وثانيها : أنه لا علة تجمع بين المرأة الصحيحة والمريض ، ولا شبه بينهما .

وثالثها : أنه لا تشابه بين حكم تبرع المرأة فى زعمهم ، وتبرع المريض لأن المريض ممنوع من أكثر من الثلث ، أما المرأة فيصح أن تتبرع ثلثاً بعد ثلث[1] .

وفى الحق أن رأى مالك رضى الله عنه رأى متهافت لا يعتمد على سناد قوى من نص ، ولا مصلحة مرسلة ، ولا استحسان مستقيم ، ولا قياس يقوم على مناط محكم منتج[2] .

---

(١) راجع المحلى الجزء الثامن ص ٣١٣ ، ٣١٤ .

(٢) هذه صفحة من صفحات الشريعة الإسلامية قد أعطيت فيها المرأة حرية كاملة ، بينما أكثر الشرائع الأوروبية لم يعطها تلك الحرية ، فى الزواج والمعاملات المالية ، فالشريعة الفرنسية لم تعط الفتاة ولا الفتى حرية اختيار القرين قبل الخامسة والعشرين للفتى والحادية والعشرين للفتاة فلا يجوز زواجهما من غير رضا الولى قبل هذه السن ، وبعد هذه السن إلى الثلاثين لابد من الاستئذان . وأين هذا مما أعطته الشريعة للزوجين من حرية الاختيار فى الزواج . وأما فى المعاملات المالية فالشريعة كما ترى أعطت المرأة حرية كاملة فى إدارة أموالها باتفاق الفقهاء وشذ مالك رضى الله عنه فى تقييدها بالثلث فى التبرعات ، فلا تتبرع عنده بأكثر من الثلث ، أما الشريعة الفرنسية التى يقدسها القانونيون فى مصر ، فالمرأة المتزوجة ناقصة الأهلية فى المعاملات المالية ، فلا تستطيع أن تدير مالها الخاص بها ، ولا الأموال التى تكون شركة بينهما وذلك على حسب ما يقتضيه الزواج بينهم ، بل إدارة أموال الشركة للزوج فيها مطلق الحرية ، وليس لها من إدارتها إلا ما يأذن به . وإدارة أموالها أيضاً لا تكون إلا بإذنه ، فالمتزوجة عندهم لا تدير أموالها مهما تكن بالغة عاقلة رشيدة تحمل أرقى الألقاب العلمية ، ويجلس للاستماع إلى دروسها جهابذة العلم . ولو كانت=

المريض مرض الموت

١٧٨ — لقد قرر الفقهاء أن حق الورثة والدائنين يتعلق بأموال المريض مرض الموت ، الدائنون ليستوفوا ديونهم ، والورثة ليسلم لهم حقهم فى الثلثين ، ولكيلا يؤثر أحد الورثة على غيره بأكثر مما أعطاه الله ، فقد فرض الله الفرائض ، وقسم المواريث بقسمته العادلة ؛ لهذا كان المريض ممنوعا من كل تصرف يؤدى إلى الإضرار بالدائنين أو بالورثة ، كل فيما له من حق ، بيد أن له حقوقاً تتعلق بماله ، وحاجات تقضى منه ، وضرورات تدفعه إلى الأخذ ، فوجب إذن مراعاة حاجاته الشخصية ، ومراعاة حقوق الدائنين والورثة . ولذا كانت عقوده وسائر تصرفاته الشرعية خاضعة لهذين العاملين ، فإن كان تصرفه من حاجاته الخاصة أو يتصل بها كان خارجاً عن دائرة المنع ولو كان يمس حقوق الدائنين والورثة ، وما لا يعتبر من الحاجات الشخصية ، وفيه مس بحقوق الدائنين والورثة ، فهو محل المنع ، حتى يجيز الدائنون أو الوارثون . هذا إجمال للنظرية العامة لتصرفات المريض ، وهو اجمال لا يغنى عن التفصيل ، بل لا بد من التفصيل لتستبين النظرية محدودة الأجزاء ، واضحة المعالم .

وقبل أن نخوض فى تفصيل المجمل نبين حقيقة مرض الموت :

= كاتبة لها شباة قلم تخفض وترفع ، فلقد نص قانونهم الأمثل ! ! على أنه ليس للمرأة المتزوجة أن تتصرف فى حر مالها ببيع أو شراء أو رهن أو هبة بعوض أو بغير عوض ، إلا إذا كان معها زوجها فى العقد أو أجاز لها ذلك كتابة . لا إذا كانت تاجرة محترفة وليس لها أن تخاصم أمام القضاء من غير إذن زوجها فى شأن من شئون مالها ، ولو كانت قبل زواجها محامية تذود عن الحقوق وتحميها . ومع ذلك لا زال من مفقائهم ومن عبيدهم فى الشرق من يزعم أن الشريعة الإسلامية تجعل المرأة بمنزلة الرقيق ، والشرائع الأوروبية تجعلها بمنزلة الحر !!

١٧٩ – إذا أردنا أن نعرف مرض الموت تعريفاً نبين به حقيقته وماهيته أو خواصه وأوصافه نجد أنفسنا أمام سيل من التعريفات المختلفة للفقهاء ، غير أن المتتبع لهذه التعريفات المختلفة فى عباراتها ، المتضاربة فى ظواهرها ، يجد معنى لا يختلفون فيه، وهو أن مرض الموت يجب أن يتحقق فيه أمران: (أحدهما)، أن يكون مرضاً يحدث منه الموت غالباً ؛ (وثانيهما) أن يموت الشخص بالفعل موتاً متصلا به[1]، فلا تكاد تجد اختلافاً بين الفقهاء فى أن هذين الأمرين لابد من تحققهما لكى يتحقق وصف الشخص بأنه مريض مرض الموت ولكن اختلاف التعريفات إنما يدور حول الامارات والأوصاف الظاهرة التى بها يتبين أن المرض مشتمل على الوصف الأول وهو إحداثه للموت غالباً ، فمن قائل إن من اماراته أن يكون الشخص صاحب فراش ، وهو الذى لا يقوم بحوائجه فى البيت كما يعتاده الأصحاء ومن قائل إن علامته ألا يخطو الشخص ثلاث خطوات من غير أن يستعين بغيره ، ومن قائل إن اماراته ألا يقدر على الصلاة قائماً ، ومن قائل إن اماراته أن يعجز الشخص عن الإشراف على مصالحه خارج الدار إن كان ذكراً ، وإن كان أنثى يعجز عن رؤية مصالحها داخل الدار [2] ، وهكذا تختلف تعريفات الفقهاء ، لا عن اختلاف فى حقيقة مرض الموت، ولكن للاختلاف

---

(١) الأهلية وعوارضها لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد ابراهيم بك . وقد جاء فى معنى ما قلنا فى ابن عابدين مانصه فى بيان أن كون المريض صاحب فراش ليس بشرط : « وفى نور العين قال أبو الليث كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضاً بل العبرة للغلبة ، لو الغالب من هذا المرض الموت ، فهو مرض الموت ، وإن كان يخرج من البيت ، وبه كان يفتى الصدر الشهيد ، ثم نقل عن صاحب المحيط أنه ذكر فى الأصل مسائل تدل على أن الشرط خوف الهلاك غالباً لا كونه صاحب فراش » .

(٢) ولقد أخذت محكمة الاستئناف العليا الشرعية بذلك فى بعض أحكامها ، فقد حصل طلاق وادعى أنه فى مرض الموت ، ولكن ثبت من وثيقة الطلاق أن المتوفى انتقل إلى دار المأذون ، فأخذ من هذا أنه لم يكن مريضاً مرض الموت . راجع حكم المحكمة العليا الصادر فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٤ .

فى أماراته ، ولكن المعنى المقصود فى مرض الموت أن يكون الشخص فى حال يغلب فيها الهلاك ، ويتوقعه هو ، وتكون تصرفاته لخوف الموت المترقب المرصود .

١٨٠ — ولقد لاحظت بعض المحاكم الأهلية ذلك المعنى ، وجعلته مناط تقديرها ، لأن منعه من التصرفات هو خشية أن يكون تصرف ذلك التصرف لإيثار بعض الورثة أو بعض الدائنين أو حرمان الدائنين من ديونهم [1] ، وهذا نظر دقيق ؛ بل هو روح الفقه فى مرض الموت ، ولذا عبر فى الأصل عن محمد بأن مرض الموت هو الذى يخاف فيه الهلاك فالمناط هو خوف المريض الهلاك ، ولذا وجب أن تكون كل عناية القاضى الذى ينظر فى أمر يتعلق بتصرف طعن فيه بصدوره فى حال المرض — فى البحث

---

(١) وقد جاء فى أسباب أحد أحكام محكمة الاستئناف الأهلية مانصه : « ومن حيث إن هذه الحال النفسية وما اعترى ابراهيم بك من الانزعاج بسبب اشتداد الحالة المرضية عليه فى أكتوبر سنة ٩١٠ ، ولازالت تشتد حتى وفاته فى ١٧ فبراير سنة ١٩٢١ هى تلك الحال التى جعلته يتجرد وهو فى سن الأربعين سن النضوج الحقيقى جسما وعقلاوإدرا كا وإحساساً من كل مايملك أطياناً ومنقولات وديوناً . وهو أكبر مظهر من مظاهر اليأس من الحياة ، والقنوط منها ، حيث اعتقد أنه لابد مائت بما نزل به من اشتداد المرض ، وخطورة الحالة ، وهذا التصرف فى ذاته والخروج به عن كل مايملكه أكبر دليل يقطع فى التدليل على مرض الموت ، ويستحيل أن يصدر مثل هذا التصرف ، ويتجرد الإنسان كل التجرد مما يملك إذا كان فى حالة اعتيادية ، وفى حالة مرض بسيط ، ولكن إذا استبدت به وطأة المرض ، وشعر بدبيب الهلاك إلى جسمه تولاه عندئذ اليأس وخرج عن الحياة بما تمليه عليه رغباته ؛ وهى متأثرة بمؤثرات مختلفة يرجع بعضها للمرض ، وبعضها الآخر لمن حوله » حكم محكمة الاستئناف الصادر فى ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ — وراجع مجلة القانون والاقتصاد « بحث الأستاذ الجليل الدكتور كامل بك مرسى المنشور فى السنة الثامنة العدد الثالث » ولقد جاء مثل ذلك فى حكم آخر فى أسبابه « وحيث ن أحمد أفندى . . كان موظفا ، وكان فى ريعان شبابه ، وله أمل فى الحياة وفى الرقى ، فشخص هذه حالته لايمكن أن يجرد نفسه مما ملكت يده إلا إذا كان يشعر بدنو أجله ، فأراد أن يؤثر بنته على باقى ورثته . . » استئناف ٦ مايو سنة ١٩٣١ وراجع بحث المريض مرض الموت المنوه عنه آنفاً للأستاذ الجليل محمد كامل بك مرسى .

عن الأمارات والشواهد التى تدل على حال المريض النفسية ، ليعلم أهى حال يأس من الحياة صدر التصرف تحت تأثيرها ؟ أم هى حال اطمئنان وقرار نفس ، ورجاء فى الحياة ، وأمل فيها قد استغرق النفس واستولى عليها ، لأنه إذا جعل القاضى كل عنايته فى تعرف ذلك ، فقد سار على سمت الفقه ، وروحه ولبه ومعناه فى مرض الموت ؛ إذ المناط كما بينا فى تقييد تصرفات المريض مرض الموت هو الخشية من أن يكون قد تصرف فيما تصرف ، لينال من حقوق الورثة أو الدائنين ما يقيدهم من بعد الوفاة .

ولأن المناط الذى كان سبباً فى شرع الأحكام المتعلقة بالمريض ، هو خوفه الموت كما بينا — ألحق بالمريض كل الأصحاء الأقوياء الذين يكونون فى أحوال تجعلهم يترقبون الموت ويغلب عليهم فيها اليأس على الرجاء ، والموت على الحياة ، والهلاك على النجاة ، ومن هؤلاء :

(ا) المقاتلة إذا التحمت الطائفتان ، ولم تستبن الطائفة القاهرة والطائفة المقهورة . أو استبان القاهر وكان من المغلوبين ، ففى هذه الحال يكون الشخص فى حكم المريض مرض الموت ؛ لأنه يترقب الموت فى كل آن ، أو لا يدرى أيقع على الموت أم يقع الموت عليه ، فإن تصرف تصرفاً فيه ما يمس حقوق الدائنين أو الورثة ثم مات فى هذه الحال كان تصرفه موقوفا على إجازتهم إلى غير ذلك مما يستبين فى بيان سائر أحكامه .

(ب) من قدم للقتل ، سواء أكان بسيف الجلاد قوداً أو قصاصاً أو حداً أم بسيف ظالم عدواناً ، فهو فى حال يترقب التلف والهلاك ، قد غلب عليه اليأس على الحياة ، فهو كالمريض وإن لم يكنه .

(ج) من ركبوا البحر فتموج بهم واضطرب ، واصطفق بالأذى ، وجاءهم الموج من كل مكان ، وظنوا أنهم أحيط بهم ، وجاءتهم العواصف ،

حتى غلب عليهم أن لا منجاة لهم مما هم فيه ففي هذه الحال يكونون كالمرضى، وإن لم يكونوا مرضى .

(د) المحبوس أو الأسير إذا عرف الحابس الظالم بقتل المحبوسين ، وكذلك إذا جرى العرف بين الآسرين بقتل الأسرى ، فلا من ولا فداء ، بل قطع للرقاب وحصد الأرواح . ففي هذه الحال أيضاً يكون المحبوس والأسير ، كالمريض مرض الموت ، وهذا رأى أبي حنيفة وابن أبي ليلى وأحمد ، وأحد قولي الشافعي . ويروى أن الحسن البصري كان يرى أن المحبوسين في حبس الحجاج يسري عليهم ذلك . لأن كانوا يزجون في غياباته ، فلا تعلم نفس ما أخفي لها من حياة أو موت ، فيروى أن الحجاج لما حبس إياس بن معاوية قال الحسن البصري : ليس له من ماله إلا الثلث ، لأن من دخل سجن الحجاج ما كان يرجو له الحسن حياة [1] .

(هـ) الحامل إذا أثقلت ، وصار لها ستة أشهر ، فإنها إذا وصلت إلى هذا الحد صارت تتوقع الولادة من وقت لآخر ، والولادة حال تكون المرأة فيها بين الخوف والرجاء ، وبين الحياة والموت ، فربما كانت المرأة تخشى الموت فيها فتتصرف تصرفات يكون فيها ضرر بورثتها أو دائنيها ، وقد أخذ بهذا سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وقتادة ، ومالك ، وخالفهم ابراهيم النخعي ، ومكحول ، ويحيي الأنصاري ، والأوزاعي ، والثوري ، وأبو حنيفة والشافعي ، وقالوا إنها تتصرف تصرف الصحيح ، حتى تكون في المخاض ،

---

(١) كان الحجاج طاغية من طغاة الدنيا عاتياً قاسياً ؛ يروى أنه لما هلك وجد في سجنه عشرون ومائة ألف سجين لا يعرفون ذنوبهم ولقد مر على صرعاه في السجن مرة فجاءوا إليه يشكون ويضرعون ، فقال « اخسئوا فيها ولا تكلمون » ولقد كان رأى الحسن البصري فيه يتفق مع ماعرف عنه من قسوة ، يروى أن رجلا قال يوم مات الحجاج : امرأته طالق ثلاثاً إن دخل الحجاج الجنة ، ثم راجع نفسه ، فاستفتى الحسن . فقال له : اذهب وارجع امرأتك ، إن دخل الحجاج الجنة لا يضرك الزنى ، فلا عجب بعد ذلك إذا رأى الحسن أن من دخل حبس الحجاج لا يرجو الحياة ، فيكون كالمريض مرض الموت وإن لم يكن به .

فى هذه الحال تكون كالمريض ، وذلك لأنها قبل ذلك لا تتوقع الموت ، ولا ترقبه بسبب الحمل ، بل المعتاد الغالب المعروف أن الحامل تغلب الأمل على الخوف ، وأحياناً تكون مدة الحمل مدة استبشار وسرور ، وليس من المعتاد أن تلد لستة أشهر ، وإنها حتى قبيل الولادة المعتادة تكون فى حال سرور وآمال فيمن ترجوه لها قرة عين ، حتى إذا دخلت فى المخاض وأصابتها آلامه ، وهى مبرحة شديدة ، فقد يعروها اليأس من شدة الألم ، ويعروها انقباض النفس بما يمضها من ضروبه ، فى هذه الحال ، يصح أن نقول إنها تخاف الموت وتتوقعه ، فقد تتصرف حينئذ تصرفات تضر بالدائنين أو بالورثة فتكون كالمريض فى أحكامه .

وقال الزهرى والحسن البصرى والشافعى فى القول الثانى له أن الحامل فى تصرفاتها كالصحيح ولو كانت فى المخاض ، لأنها لا تتوقع الموت ، بل الاعتياد والألف والرغبة فى الولد تجعلها دائماً ترجح الأمل على اليأس ، والرغبة فى الحياة ، وبشرى الولادة وتوقعها تبعد عنها فكرة الموت . وإن كانت فى أشد الآلام .

(و) المبارز إذا تقدم للقاء مع القرن ، ففى هذه الحال يكون فى حال يخاف منها الهلاك غالباً ، فيكون كالمريض ، وتكون تصرفاته التى تمس الوارث أو الدائن مظنة الإضرار بها فتتوقف على إجازتهما [١] .

١٨١ — وهناك أمراض يمتد زمنها ويطول كالسل ، والسرطان ، والشلل والجذام والبرص ، ونحو ذلك من الأمراض التى يطول أمدها ،

---

(١) اعتمدنا فى تعريف مرض الموت على ابن عابدين الجزء الثانى ، والزيلعى الثانى ، وفتح القدير الثالث ، والمغنى السادس ، وبحث الأستاذ الكبير الدكتور محمد كامل مرسى بك المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثامنة العدد الثالث .

فهل يكون الشخص فى مرض الموت مهما يطل أمد الأمراض ؟ قد أجاب الفقهاء عن ذلك بأنه إن طالت مدة المرض، وأصبح لا يخاف الموت منه كالشلل بأن تقادم وألف من غير أن يخاف الموت بسببه ، ففى هذه الحال يكون المريض كالصحيح ؛ لأن المناط ، وهو خوف الموت الذى جعل ظن المضرة يتسرب إلى تصرفاته — لا وجود له ؛ ولقد اختلفوا أيضاً فى أمارات المرض الذى إذا تقادم أصبح لا يخاف الموت منه ، فمنهم من قال إنه هو الذى لا يتزايد يوماً بعد يوم ، بل يستمر على حال واحدة ، كالشلل ، ومنهم من قال إنه هو الذى يرجى البرء منه بالتداوى ، كبعض أنواع الفالج ، ومنهم من قال إنه ما استمر سنة فأكثر ، وقد سار على هذا كثيرون من الكتاب فى الفقه ، واختارته المجلة العدلية مع تقييده ، فالمادة ١٥٩٥ نصها ما يأتى :

« مرض الموت هو الذى يغلب فيه خوف الموت ، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور ، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة ، سواء أكان صاحب فراش أم لم يكن ، فإن امتد مرضه ، ومضت عليه سنة ، وهو على حال واحدة ، كان فى حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد المرض ، وتتغير حاله . ولكن لو اشتد المرض وتغيرت حاله ، ومات قبل مضى سنة تعد حاله ابتداء من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت » اه . وترى أن المجلة اشترطت لاعتبار الشخص صحيحاً ألا يزداد المرض وهذا رأى بعض الفقهاء . فهؤلاء يرون أن المرض إن امتد سنة لا يعتبر الشخص فيه صحيحاً بمجرد الامتداد سنة، بل الشرط فى كونه لا يخاف الموت منه ألا يزداد يوماً عن يوم ، أما ما دام يزداد يوماً عن يوم ، فهو مرض موت ؛ لأن المريض فقد الرجاء .

وفى الحق إنه يجب أن يجعل لأخبار أهل الخبرة المقام الأول فى تقدير قوة

تأثير المرض وامتداده ، كما تجب ملاحظة الحال النفسية كما بينا ، فإذا أخبر الطبيب شخصاً بأن عنده مثلا سرطانا لا يرجى برؤه فانه يصبح فى حال نفسية ترتقب الموت آناً بعد آن إن لم يكن أخبره الطبيب برجاء العلاج أو بأن أمامه فسحة من الوقت لظهور آثاره ، فاذا قرر الطب ألا رجاء فى الحياة ولا فى العلاج ، ولم يعين مقداراً من الزمن لقوة تأثير المرض فى الحياة، والمرض يزداد من وقت لآخر ، ولم يثبت على حال واحدة ، فالمريض مترقب للموت، فتكون تصرفاته مظنة الإيثار أو الإضرار ، فلا يعتبر كالصحيح مهما يتطاول المرض ، لأن تصرفه الذى يمس الورثة أو الدائنين مظنة أن يكون الدافع إليه إيثار بعض الورثة أو الإضرار بالدائنين(١) .

١٨٢ — إلى هنا انتهينا من بيان حقيقة مرض الموت . والآن ننتقل لبيان القواعد التى تقوم عليها أحكام تصرفات المريض مرض الموت ، وقد أشرنا إليه بالإجمال آنفا .

يقرر الفقهاء أن المريض مرض الموت له أهلية وجوب، فالحقوق تثبت له، وتثبت عليه كاملة غير منقوصة ، وما يسقط من بعض الواجبات الدينية عنه، فإنما سببه عدم القدرة البدنية عليه ، فلا تجب عليه مثلا الصلاة من قيام إن كان عاجزاً عنه ، وليس مناط عدم وجوب مثل هذا كون المرض مرض الموت ، بل المناط العجز البدنى عنه . ولو لم يمت الشخص من مرضه هذا . وعبارة المريض مرض الموت صالحة لكل العقود والتصرفات . لأنه عاقل رشيد كل الرشد . ما دام خالياً من العته والسفه فله أهلية أداء كاملة . وكان مقتضى هذا ألا يحجر عليه فى أى تصرف يتصرفه . وألا يتوقف أى عقد من عقوده على إجازة غيره ، ولكن مرض الموت يؤدى إلى الموت، وينتهى به،

---

(١) اعتمدنا فى تعريف الامتداد على ابن عابدين الخامس فى أول الوصايا ، والثانى فى طلاق المرض مرض الموت ، وفتح القدير الثالث فى طلاق المريض مرض الموت، والبدائع فى أحكام العدة ، وبحث الأستاذ الجليل كامل بك مرسى فى مجلة القانون والاقتصاد .

والموت يوجد حقيقتين ثابتتين لا مجال للشك فيهما : إحداهما العجز المطلق ، وثانيتهما خلافة الوارث عن الميت فيما كان يملك من الأموال . والعجز يجعل ذمة الميت غير صالحة لقيام حقوق غيره بها ، فتصير الديون التي كان لغيره قبله متعلقة بماله . كما يثبت بالخلافة حق الوارث في الأشياء التي تركها الميت ، لهذا يثبت بالموت حق الغرماء والورثة في التركة ، ولما كان المرض الذي أفضى إلى الموت هو سببه العادي . صار حق الغرماء والورثة متعلقاً بالتركة من وقت حدوث ذلك المرض ، لأن الحقوق تضاف إلى أسبابها ، وبيان ذلك أن الموت إذا اتصل بالمرض صار المرض موصوفاً بأنه مميت ، إذ الموت يحدث بضعف القوى شيئاً فشيئاً . وترادف الآلام وقتاً بعد وقت . وكل جزء من المرض مضعف لبعض القوى ، وكل وقت يمر بالشخص مريضاً هو جزء من الطريق الذي ينتهي بالموت ، فكان الموت إذن مضافاً إلى المرض من وقت نزوله بالمريض . وصارت مجموعة أحوال المرض وأطواره وتدرجه من احتمال القوى الإنسانية له إلى تخاذلها عن احتماله بمنزلة جراحات متفرقة أدت إلى الموت ، وعلى هذا يكون الموت قد ابتدأ يدب في الجسم من وقت حلول المرض به . وابتدأ العجز من ذلك الوقت ، كما ابتدأت خلافة الوارث فيما يملك المريض من ذلك الوقت أيضاً ، وإذن فقد ابتدأت ذمة لا تصلح لتعلق الديون بها . فصار حق الدائنين متعلقاً بالأموال ، لا بها كما أوجبت الخلافة التي ابتدأت بدبيب الموت في جسم المريض ، فيتعلق حق الوارث بماله أيضاً . وعلى هذا الأساس قرر الفقهاء أن حق الغرماء في استيفاء ديونهم ، وحق الورثة في خلافة المريض فيما يملك يتعلقان بأمواله من وقت مرضه ، فيكون حينئذ قد تعلق بمال المريض مرض الموت حق الدائنين وحق الورثة (١) .

---

(١) راجع في هذا المعنى كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام الجزء الرابع ص ١٤٢٧ ، ١٤٢٨ .

١٨٣ – بيد أن الحقين يختلفان فى معنى التعلق ، فحق الدائنين الغرض من تعلقه بالمال التمكن من الاستيفاء ، ولذا تعلق حق الدائن بمال المريض معنى لاصورة بمعنى أنه لم يتعلق بأعيان الأموال وذواتها ، ولكنه تعلق بماليتها أى مقدار مافيها من مالية ، وهو قيمتها التى يقومها به المقومون ، ولذا يصح للورثة بعد موت مورثهم أن يستخلصوا التركة من ديونهم ، ويؤدوا الدين للدائنين ؛ كما يصح لهم أن يشتروا بعض أعيان التركة بقيمتها ، ويجبر الدائنون على قبوله ، ولو كانت حقوق[1] الدائنين متعلقة بذوات التركة ماساغ للورثة أن يأخذوا ويؤدوا الدين بغير رضاهم .

أما حق الورثة فهو لأجل خلافتهم عن المريض ويكون بعد الديون ، وقد اختلف فقهاء الحنفية اختلافاً نظرياً فى تعلق حق الورثة بمال المريض إذا مات من مرضه . أهو حق الملكية من كل وجه بظهور أن المرض مرض الموت ، أم حق الملكية من وجه دون وجه ، أم هو حق الإرث لا حق الملكية ؟ بعض المتقدمين من فقهاء الحنفية قال إن حق الوارث حق ملكية من كل وجه ، ويتبين ذلك الحق بظهور أن المرض مرض الموت . وقال آخرون من المتقدمين أيضاً أن حق الورثة ملكية من وجه قبل الموت ، لأنه إذا مات المريض ثبت الملك مستنداً إلى وقت ثبوت المرض . فقبل الموت كانت الملكية ثابتة من طريق الاستناد أو ما يعبر عنه الفقه الحديث بالأثر الرجعى ويسمى ذلك المتقدمون حق ملكية من وجه ، هو وجه الاستناد . والفرق بين هذا الرأى وسابقه أن الرأى الأول يقول إن ظهور كون المرض مرض الموت كشف عن حقيقة كانت مستورة قبله ، وهى أن الأعيان ملك الورثة . أما الرأى الثانى ، فيقول إن الموت هو سبب الملكية بالخلافة عن المورث ، ولكن الملكية تثبت مستندة إلى أول ظهور أعراض الفناء ، وهو وقت حلول المرض ومهما يكن من خلاف دقيق بين الرأيين ، فهما متحدان

---

(١) راجع فى هذا كشف الأسرار الرابع ص ١٤٣١ .

فى أن الحق الثابت للورثة فى أموال المريض حق ملكية — هذا مذهب المتقدمين فى حق الوارث ، أما مذهب المتأخرين فهو أن حق الوارث ليس حق ملكية ، ولكنه حق فى الإرث والخلافة ، وليس حق ملك بل الملك يستمر لصاحبه ، ولكل وجهة نبينها تتميما للموضوع :

استدل للمتقدمين فى ادعائهم أن حق الوارث حق ملكية على النحو السابق . بالحديث وبالإجماع ، أما الحديث ، فهو قوله صلى الله عليه وسلم : « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة على أعمالكم » أى تصدق باستبقاء ملككم فى ثلث أموالكم زيادة على أعمالكم ، أخبر عن منة الله سبحانه وتعالى على عباده بأنه استبقى لهم الملك فى ثلث أموالهم ، ليكون وسيلة إلى الزيادة فى أعمالهم بالصرف فى وجوه الخير ، وآخر أعمارهم وقت مرض الموت ، فدل هذا على زوال ملكهم عن الثلثين ، إذ لو لم يزل لم يكن ليمن بالتصدق عليهم بالثلث . إذ لا يكون التصدق بالثلث إلا حيث منعوا من غيره ، وبهذا فهم الصحابة والفقهاء جميعاً ، وإذا كان المريض قد زال ملكه عن الثلثين ، فانه يئول إلى ورثته ، لأنهم خلفاؤه فى أمواله ، ولأنهم أقرب الناس إليه .

ولقد روى أن أبا بكر رضى الله عنه قال لعائشة ابنته وأم المؤمنين وهو فى مرض موته : لقد كنت نحلتك جاد عشرين وسقاً من مالى بالعالية ، وإنك لم تكونى حزته ولا قبضته . وإنما هو اليوم مال الورثة[1] فدل هذا بصريحه على أن حق الورثة فى مال مورثهم المريض هو حق الملكية . ولقد كان مثل هذا مما لا يفتى فيه بالرأى ، فلابد أنه سمعه من الرسول صلى الله عليه وسلم .

---

(١) جده معناه قطعه وقدره ، والوسق مقدار حمل بعير ، فالمعنى وهبتك مقدار عشرين حمل بعير ، ولكن لم تقبضيه ، فلم ينتقل الملك اليك . وأنه ملك الورثة لأنه مريض . استدل بهذا الأثر على أمرين (أحدهما) أن الهبة لا تتم إلا بالقبض ، لأنه قال إنك لم تقبضيه ، فلم تملكيه ، و (ثانيهما) أن أموال المريض مرض الموت ملك لورثته ، وليس له إلا الثلث .

وأما الإجماع فهو إجماع الصحابة والفقهاء من بعدهم على أن تبرع المريض مرض الموت لا ينفذ فى أكثر من الثلث فى حق الأجانب ، وتبرعه للوارث لا ينفذ فى شىء إلا بإجازة الورثة ، حتى كان للورثة أن يأخذوا الموهوب من يد الموهوب له من غير رضاه ، فدل عدم النفاذ على زوال الملك ، وإذا زال يزول إلى الورثة على ما قد بينا .

هذه أدلة المتقدمين فى ادعائهم أن الملكية للورثة تثبت من وقت ظهور مرض الموت . وأن حقهم هو هذه الملكية . وأما دليل المتأخرين الذين يقولون إن حق الورثة ليس حق ملكية ، ولكنه حق الميراث والخلافة فقط . ولا يصير حق ملكية إلا بالموت بالفعل فهو الإجماع على أن المريض إن تبرع بأكثر من الثلث نقض تبرعه بعد موته ، فقولهم إنه ينقض دليل على أنه انعقد وأبرم وكانت له كل الآثار فى حال الحياة ، وهذا يدل على أنهم ما كان لهم فى حياته الحق فى الملكية ، وإنما حقهم فى الميراث وثبوت الملكية بعد الوفاة .

وهناك دليل آخر معقول ، وهو أنه لو كان الوارث غير أهل الميراث وقت مرض الموت ، ثم يصير أهلا عند الموت فقد اتفقوا على أنه يكون وارثاً ، ويكون له كل حقوق الوارثين ، فلو كان حق الورثة فى الملكية وقت مرض المريض وقبل موته ما كان لهؤلاء الذين ورثوا ولم يكونوا أهلا الميراث (كعبد أعتق أو غير مسلم أسلم) حق فى الميراث ؛ لأنه ملك باقى الورثة أيضاً . ولو كان الحق حق ملكية ما كان لهؤلاء الحق فى نقض ماتبرع به مورثهم ، ولكن ثبت أن لهم الحق ، ولا يمكن أن يكون حق ملكية وإذا لم يصلح حق الملكية تفسيراً لحقهم فهو حق فى الميراث بشرطه ، وذلك كاف لإثبات كل هذه الحقوق التى للوارث[1] .

---

(١) اعتمدنا فى هذا الخلاف وأدلته على البدائع الجزء الثالث ص ٢٢٠ ، ٢٢١ ، ٢٢٢ وقد استنبطنا بعض هذه الأدلة من ثنايا السطور استنباطاً .

وإن اعطاء الوارث حقاً فى مال المريض حال حياته ؛ إنما هو فرض وأمر اعتبارى ؛ لكى يستقيم منطق الأحكام ، وتنسق المبادىء الفقهية ، إذ كان له الحق فى إجازة بعض التصرفات التى تصرفها الميت فى مرض موته ، ولا تنفذ إلا بإجازته مع صدورها فى حياة صاحبها ، فإنه إذا كان له ذلك بعد الوفاة فلابد أن نفرض له حقاً حال الحياة ، حتى يمكن أن يعود بالنقض على هذه التصرفات ؛ ويجب أن يقدر ذلك الحق بأقل الصور التى يتصور معها ثبوت حق الاجازة بعد الموت ، فيكتفى فى ذلك بفرض حق الإرث له فى حال حياة المورث ، لأن الأمور الفرضية لاتفرض إلا بمقدار الضرورة الفكرية التى تضطر الباحث إلى فرضها ؛ ليستقيم منطق الأحكام ، وتأخذ المبادىء بعضها بحجز بعض .

١٨٤ — وحق الورثة سواء أكان حق ملك كما يقول المتقدمون أم حق الوراثة فقط كما يقول المتأخرون يتعلق بثلثى التركة فقط أما الثلث فهو حق خالص للمريض مادام لم يكن عليه ديون ، فإن كانت عليه ديون ، فحق الدائنين مقدم ، وحق الورثة فى ثلثى الباقى بعد إيفاء الدين ، والمريض له ثلث الباقى بعد الدين ، لأنه لاتركة إلا بعد وفاء الدين . أما قبل وفاته فالحق للدائنين ، وقد بينا أن حقهم متعلق بمالية التركة لابذواتها . بمعنى أنه إن سلمت لهم قيمة التركة من الورثة ، فليس لهم أن يطالبوا بما وراء ذلك . أما حق الورثة فقد قال الصاحبان أنه متعلق أيضاً بمالية التركة لا بأعيانها سواء أكان ذلك بالنسبة للأجنبى أم بالنسبة للوارث ؛ ولذلك يصح عندهما أن يبيع المريض مرض الموت لوارثه بمثل القيمة . لأن ذلك لايضر بحق الورثة ؟ إذ سلم لهم حقهم ، وهو قيمة الجزء المبيع من التركة؟ . وقال أبو حنيفة يتعلق حق الورثة بالمالية بالنسبة لتصرفات المريض لغير الورثة ، أما بالنسبة لتصرفه مع الورثة فحقهم متعلق بالمالية وذات التركة

أو كما يعبر الفقهاء متعلق بالأموال صورة ومعنى . وذلك لأن حقهم فى تصرفه المريض مع غير وارث سببه أن يضمنوا سلامة ثلثى التركة لهم ، وثلثا التركة يقدران بالقيمة ، فصار الحق متعلقاً بقيمة التركة ، أى بمعناها أو بماليتها لا بصورتها وأعيانها . أما حقهم فى منع تصرفه مع الوارث فسببه أن يضمنوا أنه لم يؤثر بعض الورثة على بعض ، لأن الله وزع المواريث فى كتابه ، وكل من قصد غير ما فى كتاب الله تعالى رد عليه قصده ، وأن الإيثار كما يكون بالمحاباة بأموال يقدمها ، يكون بأعيان يختارها له ، ولو أعطاها إياه بقيمتها ، لخشية أن يكون قد حاباه بأن اختار له عيون ماله ، ولو باعها له بقيمتها أو أكثر جعل للورثة حق فى أعيان التركة وذواتها ، بالنسبة للوارث ، وذلك لتكون الأحكام الفقهية بالنسبة للورثة بعضهم مع بعض تسير على نظام منطق واحد ، إذ أن أحد الورثة لو أراد أن يختص بإحدى أعيان التركة بقيمته لا يتم له ذلك إلا برضا الورثة ، لذلك إذا أراد المورث فى آخر حياته ، وقد تعلق بالتركة حق الإرث أن يختص أحد ورثته بعض أموال التركة بقيمته كان لا بد من رضا باقى الورثة ، وبهذا تبين أن حق الورثة بالنسبة لتصرف المريض مع بعضهم متعلقاً بالتركة صورة ومعنى[1] .

وحق الورثة وحق الدائنين إنما يتعلقان من التركة بالجزء الذى يكون بعد قضاء حاجات المورث فى الحياة ، وما يلزم لتجهيزه بعد الوفاة[2] ، فحق التداوى ، وما يلزمه من حاجات شخصية وما يتطلبه من طعام وفراش وغير ذلك لا يصح أن يمنع منه ؛ لأن حقه فى قضاء مصالحه من ماله قبل كل حق سواه ، وليس لأحد عليه من سبيل فيه .

---

(١) راجع كشف الأسرار الجزء الرابع ص ١٤٢٩ ونقل فى شرح السراجية أن حق الورثة متعلق بالمالية ، لا بعين التركة ، وأطلق ولم يفرق بين حال التصرف مع الأجنبى ، وحال التصرف مع الوارث ، ولم يذكر خلافاً ص ١٣ ، ١٤ .

(٢) راجع شرح السراجية .

١٨٥ — إلى هنا بينا حق الدائن والوارث فى مال المريض ، وحق المريض فى ماله ، ولننتقل إلى آثار هذه الحقوق كلها فى تصرفات المريض ، فنرى أحياناً حقه يغلب فى التصرف فيجوز ، وأحياناً نرى حق الدائنين فى استيفاء ديونهم يغلب فيمنع ، وإن لم تكن عليه ديون مستغرقة للتركة يغلب حق الوارث فى حماية ثلثيه من تبرعات تتجاوز الثلث إليهما ، ولذا يكون الحجر على التصرف الذى يظن أنه يمس الدائن والوارث ، وليس فيه سد حاجة شخصية للمريض ، فتلك الدائرة هى موضع الحجر ، والمنع ، وهى دائرة مرنة غير واضحة الحدود والمعالم ، ولقد كان ذلك دافعاً لأن تجعل الشريعة أكثر أحكام المريض الاحتياط ، واتخذت الشبهة فى بعض هذه الأحكام ذريعة المنع ، كما سترى فى الإقرار للوارث ، ونحو ذلك ، وخلاصة القول فى التصرفات الممنوعة والتصرفات غير الممنوعة من تصرفات المريض : أن التصرفات الجائزة التى لا تحتاج إلى إجازة الورثة هى التصرفات التى لا تعد من التصرفات المالية وإن جاء المال فيها تبعاً ، والتصرفات المالية التى تكون إشباعاً لحاجة من حاجاته الحيوية ، والتصرفات التى لا تمس رأس مال التركة ولكن تمس منافعها أو أرباحها .

١٨٦ - وعلى ذلك تنفذ تصرفاته الآتية ، ولا تحتاج إلى إجازة الورثة بعد وفاته :

(ا) النكاح : فينعقد النكاح من المريض نافذاً غير متوقف على إجازة أحد ، ولو مات فى مرضه هذا ما كان لورثته أن يتعرضوا لزواجه بنقض[1] ، ويثبت لزوجه مهرها بشرط ألا يزيد عن مهر المثل ، فإن زاد أخذت الزيادة حكم التبرع ، وإن مات وهى زوج له فالزيادة حكم الوصية للوارث على ما

---

(١) جامع الفصولين الجزء الثانى فى أحكام المرضى .

ستعلم ، وإذا تزوجها بمهر المثل أو أقل منه أو لم يسم شيئاً يثبت لها ما سمى أو مهر المثل ، ويكون ديناً عليه فى حكم ديون الصحة ، وهى التى تثبت عليه فى صحته أو فى مرضه ببينة صحيحة ، ولم تثبت بإقراره منفرداً . وإنما جاز نكاحه ؛ لأن النكاح من التصرفات التى لا يعد المال فيها مقصوداً ، وقد ذكرنا أن تصرفاته غير المالية تثبت كلها من غير حاجة إلى إجازة أحد قبل الوفاة أو بعدها ، وكما يصح زواجه يصح طلاقه وتطلق امرأته غير أنه إن طلقها بائناً من غير رضاها تستحق ميراثها ويعتبر فاراً غير أن استحقاق الميراث مقيد بموته فى العدة عند أبى حنيفة وأصحابه ، ومقيد بعدم زواجها بغيره قبل موته ، عند أحمد وابن أبى ليلى وغير مقيد بشىء عند مالك ، وقال الشافعى لا تستحق الميراث[1] .

(ب) شراء الأدوية وحاجاته التى لا يستغنى عنها ؛ سواء أكانت من أجنبى أم من وارث ما دام لم يكن هناك محاباة فى الشراء بأن اشتراها بقيمتها أو بغبن يسير يتغابن الناس به عادة ، وفى شراء ضروراته من الوارث اضطربت عبارات الكتب ، ولكن الصحيح أن شراءه ما يلزمه من وارثه صحيح ما دام لا محاباة فيه ، وقد جاء فى جامع الفصولين ما نصه : « إن مريضاً لو اشترى من وارثه بمعاينة الشهود ثمنه جاز كشرائه من أجنبى ، والوارث يخالف الأجنبى فى الإقرار . أما فيما ثبت عياناً فهما سواء ، ولم يذكر خلاف ؛ فهذا دل على جواز شراء المريض من الوارث عند الكل »[2] . ومن هذه العبارة يستفاد أن مطلق شراء من الوارث يصح مادام خالياً من المحاباة ، ويثبت الثمن ديناً على المريض إذا كان الشراء بمعاينة شهود ، وبذلك يختلف عن الإقرار بالدين للوارث[3] .

---

(١) راجع كتاب الأحوال الشخصية المطول لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد ابراهيم بك .

(٢) راجع جامع الفصولين الجزء الثانى فى بيوع المريض مرض الموت .

(٣) قد رأينا كثيرا من كتاب الشريعة فى عصرنا يذكرون أن أحكام الشراء من الوارث كأحكام البيع منه من كل الوجوه ، وذلك لا يخلو من تسامح .

(ج) الاجازة والإعارة : فيملك المريض أن يؤجر لغيره ، وأن يعير الأعيان تركته لغيره ، وليس لورثته بعـــد موته أن يعودوا على إجازته فينقضوها ، وعلى من أعار له عيناً مدة أن يطالبوه بعوض ما انتفع ، وذلك لأن له التصرف المطلق فى المنافع ؛ إذ حق الورثة متعلق بأعيان التركة وحق الدائنين متعلق بقيمة هذه الأعيان على نحو ما بينا ، فليس حق واحد من الفريقين متعلقاً بالمنافع ، فالمنافع خالصة لصاحب الأموال . ومن جهة ثانية فالمقرر عند أبى حنيفة وأصحابه أن العقود على المنافع تبطل بمجرد موت أحد العاقدين[1] ، فإذا مات المريض فى مرضه فقد بطلت من تلقاء نفسها إجاراته وإعاراته ، فالعقود على المنافع إذن لا تمس حقوق الورثة فى حال من الأحوال فى مذهب الحنفية ، فلا حاجة إلى إجازتهم ومثل الإجارة والإعارة المزارعة والمساقاة ؛ لأن هذه كلها عقود على المنافع وهى سائغة له لا يتصل بها حجر .

(د) عقود الشركة ، فإذا عقد شركة مع غيره ، فالعقد صحيح ولو كان فيه غبن عليه بالنسبة للربح ؛ لأن حقوق الورثة والدائنين تتعلق برءوس أموال الشركة ، ولا تتعلق بأرباحها ، إذ أرباحها كمنافعها لصاحبها ، إلا إذا تسلمها أو دخلت ملكيتها فى ذمته ، ففى هذه الحال تصير جزءاً من رءوس أموال التركة ، وقبل ذلك فهى غيب ، وإن عقد الشركة فى ذاته لا يضير الورثة فى شىء ؛ لأنه بمجرد وفاته يبطل العقد ؛ لأن عقود الشركات جميعاً تتضمن التوكيل ؛ لأنه يكون كل واحد من الشريكين وكيلا عنه وبموت أحدهما ينعزل الحى عن وكالة الميت ، فيبطل عقد الشركة المتضمنة للوكالة . وعلى ذلك إذا ضارب المريض بأن دفع جزءاً من ماله لغيره ليعمل فيه ، ويكون الربح بينهما مناصفة

---

(١) خالف أبو حنيفة بقية الأئمة ، فقد قرروا جميعاً أن عقد الإجارة لوارث كعقد البيع ، لأنه عقد لازم والعقود اللازمة لا تبطل بموت أحد العاقدين . والقانون المدنى على هذا فى إجارة الأشياء ، إلا ما استثناه منها .

مثلا صحت المضاربة وكان الربح مناصفة ، ولو كان في ذلك غبن على المريض؛ لأن ذلك ربح ، ولا حق للدائنين أو الورثة في الربح قبل دخوله في ملك المريض . ولقد جاء في جامع الفصولين ما خلاصته : « مريض دفع ألفاً إلى شخص على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهما نصفان فربح ألفاً فمات ، وأجر مثل العامل أقل من حصته في الربح ، وعلى المالك دين محيط فللمضارب نصف الربح يبدأ به قبل دينه ؛ لأنه متبرع بمنفعة ماله ، إذ الربح ليس بمتولد من ماله ، وله أن يتبرع بمنفعة ماله ، إذ حق الغرماء والورثة لا يتعلق بالمنافع . وإذا لم يسم للمضارب شيئاً . فله أجر مثله يضرب مع الغرماء ، إذ حقه يجب ديناً بسبب لا تهمة فيه . وكذا كل مضاربة فاسدة يجب فيها أجر »[1] .

(هـ) الخلع فالخلع من المريضة صحيح ، ولو ماتت في مرض موتها ، ولكن بالنسبة لبدل الخلع يخشى أن تكون قد آثرته من بين ورثتها به ، ومن جهة ثانية يعتبر تبرعاً من ناحية ، فيأخذ حكم الوصية على ما سنبين ، ولذلك إذا ماتت في العدة كان الذي يستحقه المخالع الأقل من هذه الأمور الثلاثة :

١ — ميراثه منها لو كانت زوجاً له .

٢ — ثلث تركتها .

٣ — بدل الخلع المذكور في المخالعة فيأخذ أقل هذه الأمور الثلاثة مقداراً . وإن ماتت بعد العدة استحق الأقل من ثلث التركة وبدل الخلع أي أنه يأخذ بدل الخلع بشرط ألا يزيد عن ثلث التركة[2] .

---

(١) وترى هنا فرق بين ما إذا كان المضارب قد اشترط مقداراً شائعاً من الربح ، وبين ما إذا كان قد استحق أجرة ، فالأول يكون حقه أسبق من الدائنين لأن حقه متعلق بعين الربح ، والثاني يكون حقه ديناً ، فيكون كسائر الديون .

(٢) راجع جامع الفصولين الجزء الثاني في أحكام المريض ، وكتاب الأحوال الشخصية للأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك .

١٨٧ — هذه هى التصرفات التى لا يرد عليها الحجر إلا بالقيود وفى الأحوال التى ذكرناها ، أما التصرفات المالية الخالصة التى تمس رأس مال التركة بالنقص فتلك هى موضع الحجر ، وموضع المنع بالقدر الذى لا يضار معه دائن ولا وارث ، ولا يصادم أهلية المريض من حيث ثبوت أصلها ، فهو يثبت بمقدار ما يدفع الضرر عمن يحتمل أن يناله الضرر ، بإعطائه الحق إجازة التصرف ، إن كان التصرف يمس حقه وإن كان لا يمس حقه فهو بمنجاة من رفضه ، أو إجازته ، واشترط لثبوت هذا الحجر أمران :

أحدهما : أن يكون التصرف قد صدر فى مرض يغلب فيه الهلاك ، كما بينا .

وثانيهما : أن يموت الشخص فى مرضه هذا ، وعلى ذلك إذا تحقق أحد الأمرين دون الآخر بأن صدر التصرف من الشخص فى المرض ، وقبل أن يتحقق الثانى وهو الموت ، فما لأحد على تصرفه من سبيل ، لأن تحقق كون المرض مرض موت لم يتم ، ولا حجر قبل أن تبين ذلك . فإذا مات الشخص فى هذا المرض تحقق الأمر الثانى ، فيثبت المنع مستنداً إلى وقت المرض بأن تعرض كل التصرفات التى صدرت من ذلك الوقت على الوارث أو الدائن إذا كانت تمس ما لهذا من حق استيفاء الدين ، وما لذاك من حق الإرث ، ويكون المريض فى هذه التصرفات كالفضولى ، ولهؤلاء أن يجيزوها فتمضى ، أو لا يجيزوها فتبطل ، وفى حال إجازتها تكون صحيحة مستندة فى صحتها إلى وقت صدورها وإذا لم يجيزوها بطلت .

ولقد قسم الفقهاء أقوال المريض التى تمس الدائنين والورثة إلى قسمين أقوال إخبارية تثبت حقوقاً مالية ، وهى إقرارات المريض ، والثانى تصرفات إنشائية تثبت حقوقاً مالية لم تكن ثابتة من قبل .

١٨٨ — وحكم إقرار المريض أنه إن كان لأجنبي كان صحيحاً ، غير أنه يتأخر عن استيفاء الديون التي تكون ثابتة من غير إقرار ، وهي الديون التي تسمى ديون الصحة ، وهي تشمل الديون الثابتة قبل المرض بإقراره في صحته ، أو التي ثبتت بعد المرض بحجج وبينات ، أو التي باشر أسبابها وقت المرض وعاينته شهود كقرض اقترضه أو ثمن أشياء اشتراها ، أو مهر نكاح عقده في مرضه ، أما ما ثبت من الديون بإقرار المريض في مرضه فإنه يسمى دين المرض ، ويكون متأخراً في الأداء عن ديون الصحة .

وإن كان الإقرار بدين لوارث فلا ينفذ إلا إذا صدقه الورثة ، لأنه عسى أن يكون ذلك الإقرار لإيثار ذلك الوارث بهذا المقدار من التركة ، والوارث الذي لا يصح الإقرار له هو من قام به سبب الإرث عند الإقرار ، وكان وارثاً بالفعل عند الوفاة ، فإذا أقر لامرأة لم تكن زوجاً له ثم تزوجها نفذ إقراره ، لعدم قيام سبب الأرث عند الإقرار ، وإذا أقر لأخيه ، وله ابن يحجبه عند الإقرار ثم مات ذلك الابن قبل أبيه ، فورثه الأخ المقر له لم ينفذ الإقرار ، وقال أحمد بن حنبل إن الوارث الذي لا يصح الإقرار له هو من كان وارثاً وقت الإقرار لو مات ساعتها المقر ، سواء استمر إرثه إلى الوفاة أم لم يستمر ، لأن العبرة في ذلك هو في صدور الإقرار مصحوبا بالتهمة ، ولا يكون ذلك إلا إذا تحققت التهمة وقت الإقرار بأن كان وارثاً بالفعل ساعتها ، وعلى ذلك لا ينفذ الإقرار لأخيه إذا كان وارثاً له وقت الإقرار ثم جاء له ابن حجبه من الميراث وقت الموت ، لأن الإقرار إذا أبطل فللتهمة ، ووقتها هو وقت صدوره ، فيصدر باطلا .

١٨٩ — وحكم التصرفات الإنشائية المالية أنها إن كانت لا تقبل النقض ولا يرد عليه الفسخ كالعتق ، فهي تصدر من المريض في حكم المعلقة على الموت ، فهي قبل الموت غير نافذة أو في حكم غير الموجودة ، بمعنى إنه أن أعتق عبداً ثم مات يتبين بالموت أنه ما كان يسوغ الإعتاق ، فيعطى عتقه

فى حال الحياة حكم الإعتاق المعلق على الموت، فيعتق العبد بعد الموت ، ويسعى بقيمته للدائنين إن كانت التركة مستغرقة ، ويسعى بما تزيد قيمته به عن ثلث التركة إن لم تكن التركة مستغرقة . وإنما أعطيت تلك التصرفات حكم التصرفات المعلقة ، لأنها لا تقبل النقض ، فاذا فرضناها نافذة فى الحياة ثم جعلنا للورثة ابطالها بعدم الإجازة بعد الوفاة ، فقد فرضناها قابلة للفسخ ، وذلك لا يتفق مع الوصف الشرعى الذى أعطاه الفقهاء إياها ، ففرض ما يتفق مع ذلك الوصف ، وهو كونها معلقة .

وأما التصرفات المالية التى تقبل الفسخ كالهبة والوصية والبيع والشراء والصدقة والوقف ، فإنها من المريض ذات أحكام متشعبة ليس موضع بيانها هنا ، بل عند بيان أحكام هذه العقود فى أبوابها فى كتب الفقه فليرجع إليها هنالك مفصلة، ولكنا هنا نذكر القواعد التى يعود إليها التفصيل ، مع ملاحظة أن تلك الأحكام لا تكون إلا بعد الوفاة أما فى حال الحياة فهى صحيحة ، وها هى ذى القواعد :

(ا) هذه التصرفات إن كانت لوارث لا تنفذ إلا باجازة الورثة ، سواء أكانت تبرعاً صرفاً ، أم عقد مبادلة فيه محاباة أم مبادلة لا محاباة فيها قط ، بيد أنه يلاحظ أمران :

(أولهما) أنه إذا كان التصرف بيعاً بالقيمة بلا محاباة يسيرة أو كثيرة فقد أجازه الصاحبان ، ولو لم يجز الورثة ، وأبو حنيفة لم يجزه ، وأساس الخلاف ما بيناه فيما مضى من أن أبا حنيفة يقول إن حق الورثة تعلق بأعيان التركة بالنسبة لوارث ، فى اعطائه عيناً منها ولو بالقيمة فيه معنى الايثار والوصية ، ولا وصية لوارث ، والصاحبان قالا إن حق الوارث ، متعلق بالقيمة والمالية . وبالبيع بمثل القيمة سلم حق الوارث ، فلا وجه لتوقف البيع على إجازته .

(ثانيهما) أنه إن كان التصرف وقفاً يخرج من الثلث ، فإن كان لوارث، فإن أصل الوقف ينفذ ، ولكن لا تصرف الغلة للوارث إلا إذا أجاز الورثة وتصرف هم على حسب الميراث إذا لم يجيزوا ، ويستمر الحكم كذلك ما دام الوارث حياً ، فإذا انتقل الاستحقاق إلى غيره كانت الغلة له ، ولم يكن للورثة شيء ؛ لأن محاباة الوارث بقدر استحقاقه فى الوقف ، فشاركوه فيه أو أجازوه ، وإذا انتقل الاستحقاق لغيره ، لم يكن لهم فيه أى حق . لعدم المحاباة . والوارث الذى لا تصح محاباته هنا هو الوارث فى باب الوصية ، وهو الوارث بالفعل عند الوفاة .

(ب) إذا كان التركة مستغرقة بالديون ، وفيها سداد لكل الديون أو لم يكن ، فحق الدائنين فيها أن تسلم قيمتها لهم فكل تصرف من المريض لا يمس هذه القيمة ، فهو نافذ ، وإن لم يجيزوه . وعلى ذلك لا تنفذ تبرعاته إلا إذا أجازوها . وكل بيع أو شراء فيه غبن ولو كان يسيراً ، لهم حق فسخه إلا إذا زاد المشترى أو نقص البائع بما يزيل الغبن . لأن حقهم متعلق بالقيمة ، فيجب أن تسلم لهم . وإذا باع أو اشترى بلا غبن أصلا لم يكن لهم أن ينقضوه ؛ لأن حقهم متعلق بالقيمة والمالية ، كما بينا ، وقد سلمت لهم ، فلا وجه لاعتراضهم ، ولا لنقضهم ما أبرم .

ويلاحظ أن حق الدائنين مقدم على حق الورثة ، فلا شأن للورثة بالتركة ما دامت مستغلقة بالدين ، بيد أنهم إذا أرادوا استخلاصها بقيمتها ، وكانت مساوية للدين أجبر الدائنون على أخذ القيمة وتسليم التركة . وأن كانت قيمة التركة أقل من الدين لم يكن للورثة استخلاصها بقيمتها الا برضا الدائنين . لأن لهم الحق فى استيفاء ديونهم كاملة . وعساهم يبقون العين فى أيديهم . حتى يستطيعوا بيعها فى وقت تعلو فيه قيمتها ، ويكون فيها وفاء بديونهم .

(ج) إذا لم تكن التركة مستغرقة بدين بأن لم تكن مدينة أصلا، أو كانت

مدينة بدين غير مستغرق ، وقد استوفى منها ، فمن حق الورثة أن يسلم لهم ثلثا قيمة التركة بعد الدين ، فكل تصرف للمريض سواء أكان تبرعاً أم مبادلة يمس هذين الثلثين ، فللورثة منعه ، حتى لا يمس حقهم فى الثلثين ، وعلى ذلك فكل تبرع لأجنبي سائغ ، مادام فى حدود الثلث ، وكل عقد مبادلة مع أجنبي بيع أو شراء نافذ من غير حاجة إلى إجازتهم إذا لم تكن فيه محاباة أصلا أو كانت فيه محاباة يتسع لها ثلث التركة ؛ فإن كانت تزيد المحاباة عن الثلث ، فللورثة الحق فى منع التصرف حتى تزول الزيادة التى مست الثلثين اللذين يجب أن يسلما لهم .

هذه هى القواعد التى ترجع إليها تصرفات المريض مرض الموت الإنشائية التى تقبل النقض والفسخ ، وهى الأصل فى هذا الباب ، وقد بيناها معتمدة على أصولها التى اشتقت منها ، فارجع إليها .

أهلية المريض مرض الموت فى القانون المدنى المصرى

١٩٠ — مما تقدم يتبين أن الشريعة الإسلامية ماحدث من عقود المريض مرض الموت وتصرفاته لمعنى فى عقله أو فى أهليته من حيث هو كامل رشيد ، ولكن للمحافظة على حق الدائن والوارث ، ليتمكن الدائنون من استيفاء ديونهم ، ولكيلا يتمكن هو من تضييع حق الورثة فى تركته سيراً وراء رغبة دافعة لإيثار بعض الورثة مخالفاً بذلك أحكام الإرث ، أو اندفاعاً وراء محبة أو شهوة ، بإعطاء من لا يستحق أكثر مما له هو بحكم الوصية ، أو تدفعه مغاضبة بعض الورثه بمحاولة حرمانه من ميراثه بعد موته . ولقد كان نظام التوريث للمصريين[1] خاضعاً للشريعة الإسلامية ، يستمد أحكامه منها ؛ بينما المعاملات المالية كلها خاضعة للقانون المدنى المستمد فى جملته من من الشريعة الفرنسية ، فلم يكن من الانسجام بين قوانين الدولة أن تكون أحكام التوريث مستمدة من الشريعة الإسلامية ، وأحكام تصرفات المريض مرض الموت المالية خاضعة لأحكام القانون المدنى الفرنسى ؛ إذ ذلك يفك عروة التماسك بين القوانين المصرية ، فيهدم بعضها بعضاً ، ويكون الشارع المصرى كمن يهدم بيد ما يبنيه باليد الأخرى ، إذ يستطيع الشخص أن يتحال من قيود الميراث وهو فى مرض موته ، بإيعاعات صورية أو غير صورية يعقدها ، أو هبات يعطيها من يشاء ، ويحرم بها من يشاء ، ويقسم تركته أوزاعاً . حتى لا يصل إلى الوارث غير المجدود إلا القليل ، أو لا يصل إليه قليل ولا كثير ، فيهدم بذلك نظام التوريث المستمد من الشريعة الإسلامية ، إذ يتقيد بها الشخص

---

(١) يلاحظ أن المحاكم الشرعية مختصة بالنظر فى تركات غير المسلمين ، وما يتعلق بها من وصايا وتوريث ، وتقضى فى ذلك بمقتضى القانون الإسلامى إلا إذا حصل اتفاق من الورثة على التقاضى أمام المجالس الملية . وذلك بمقتضى الخط الهمايونى العالى الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٨٥٦ .

أمام المحاكم الشرعية ، ثم يجد انطلاقه من قيده فى ظل القانون المدنى ، فيعقد ماشاء ، ويمنع من يشاء من ورثته تحت حمايته ، لذلك كان من اتساق المشرع المصرى أن كانت الوصايا خاضعة لأحكام الشريعة ، وأن تكون أحكام تصرف المريض مرض الموت مستمدة أيضاً من الشريعة ، لتستطيع أن تحمى أحكامها ، فتمنع المتململين من قيود التوريث فيها أن ينطلقوا إلى الظلم ، وقصد ما لم يشرعه كتاب ولا سنة .

٣٩١ — وكان مقتضى هذا أن تكون كل أحكام تصرف المريض مرض الموت مستمدة من الشريعة ، ولكن لم يذكر حكم تصرف المريض مرض الموت مستأنساً بالشريعة ، قابساً قبسة منها إلا فى البيع فى المواد ٢٥٤ ، ٢٥٥ ، ٢٥٦ . وهذا نص هذه المواد الثلاث :

المادة ٢٥٤ — لا ينفذ البيع الحاصل من المورث ، وهو فى حالة مرض الموت — لأحد ورثته ، إلا إذا أجازه باقى الورثة .

المادة ٢٥٥ — يجوز الطعن فى البيع الحاصل فى مرض الموت لغير وارث إذا كانت قيمة المبيع زائدة على ثلث مال البائع .

المادة ٢٥٦ — فإذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال البائع وقت البيع ألزم المشترى بناء على طلب الورثة إما بفسخ البيع أو بأن يدفع للتركة مانقص من ثلثى مال المتوفى وقت البيع ، وللمشترى المذكور الخيار بين الوجهين المذكورين .

هذه نصوص القانون التى تتعلق بتصرفات المريض مرض الموت فى القانون المدنى المصرى ، وقد أجمع شراحه على أن المصدر التاريخى لهذه المواد هو الشريعة الإسلامية ، إذ ليس لهذه المواد نظير فى الينبوع الذى استقى منه القانون المصرى مواده ، وهو القانون الفرنسى . وهى من جهة ثانية تتحد فى الجملة مع أحكام الشريعة الغراء . بيد أنه ينبغى لنا أن نلاحظ ملاحظتين

فى موضعين اختلفت حولها أنظار شراح هذا القانون ، وتضاربت حولها أحكام المحاكم وقتاً طويلا. (أحدهما) ماتراه بادى الرأى من أن المادة ٢٥٥ تختلف عن أصلها الشرعى ؛ لأن الحكم الفقهى لايجعل البيع لأجنبى موضع طعن للوارث إلا إذا كان فيه محاباة تجاوزت الثلث ، فللورثة حينئذ الحق فى الطعن ، لكى يسلم الثلثان لهم ، وهما حقهم فى الميراث . أما المادة ٢٥٥ فقد جعلت لهم بظاهرها الطعن فى البيع إذا كان المبيع نفسه قد تجاوز الثلث ، ولو كان البيع بمثل القيمة ، أو بغبن يسير ، ولا تشترط لجواز الطعن أن تكون فيه محاباة تجاوزت الثلث كما هو حكم الشريعة الغراء . وقد اختلفت فى هذا أنظار الشراح ، فمنهم من قال إن القانون المدنى خالف فى هذا الشريعة ، ولا مانع من أن يخالف الشارع ما جعله مصدراً تاريخياً لجزء من القانون ؛ فهو يتخير من ذلك المصدر ما يراه أصلح ، ولقد رأى الشارع المصرى أن يحتاط فى هذا المقام فجعل للوارث الحق فى الطعن فى أى تصرف يسمح بخروج عين من أعيان التركة تتجاوز قيمتها ثلث التركة ، وعسى أن يكون البيع صورياً ، ولم يقبض البائع ثمناً ، ورأى فريق آخر أن تخرج تلك المادة تخريج الشريعة ؛ لأنها مجملة ، والشريعة هى التى تفصل ذلك المجمل ، بل أنها إذا اقترنت بالمادة التى تليها يجب أن تفسر بأحكام الشريعة ؛ لأن المادة التى تليها وهى المادة ٢٥٦ جعلت مدى طعن الورثة ينتهى إلى تخيير المشترى بين فسخ البيع ، أو يدفع لهم ما يتم به ثلثا التركة لكى يسلم لهم الثلثان ، وإذا كان هذا مدى الطعن ، فمعنى هذا الطعن ومغزاه هو أن يتأكد الورثة سلامة الثلثين بمقتضى القانون ، وذلك هو حكم الشريعة نفسه ، ولئن كانت العبارة فيها اضطراب أو ابهام ، فالأصل التاريخى يزيله أو يفسره . وقد ذكر الرأيين المرحوم فتحى زغلول باشا ، فقد جاء فى شرحه تعليقاً على حكم المادة ٢٥٥ ، ٢٥٦ ما نصه : « هذا الحكم أشد من مأخذه ، وهو الشريعة الغراء ، لأنها لا تقضى بالفسخ أو التكملة إلا إذا كان البيع بغبن فاحش ،

وكان المبيع (١) زائداً على ثلث مال البائع والسبب فيه كراهة القانون بيع المريض لأجنبي ، هذا هو ظاهر النصوص ، وهناك مذهب ثان يقول بعدم وجود خلاف بين القانون والشريعة فى هذا الموضوع ، وأن الأول جرى على حكم الثانية ، فنص فى المادة ٢٥٥ على جواز الطعن ، وبين حكمه فى المادة ٢٥٦ . فقرر أنه لا ينتج إلا فسخ البيع فى الكل أو تكملة ما نقص عن ثلثى المال بخيار المشترى ، فلو باع المريض كل ملكه ، ولم يكن هناك غبن ، فلا وجه للفسخ ، أما إذا وجد الغبن ، ونقصت به قيمة الثلثين ، فالتكملة أو الفسخ .

وعندنا أن الرأيين واردان وأن إيجاز القانون ، وعدم تدقيقه فى اللفظ عند نقل هذا الحكم من أصله هو الذى أدى إلى هذا الخلاف ، وإن كانت قواعد التفسير تقضى بترجيح الرأى الأول ؛ لأن عدول القانون اللاحق عن قيد مشروط فى سابقة ترك لهذا الشرط ، وإطلاق للحكم ، كما لا يخفى »(٢) .

ويرى حلمى عيسى باشا فى كتابه البيع أن التفسير الأول هو الصحيح ، ويعلل ذلك بأن الشارع المصرى احتاط بالنسبة للبيع للأجنبى خشية أن يكون البيع هبة أخذت صورة البيع ، لأن من الصعب معرفة القدر المتبرع به إذا أقر البائع ، وهو مريض فى عقد بيع بمحاباة أنه قبض جميع الثمن ، وليس لديهم من الإثبات ما يتمكنون به من بيان أنه ما تسلم ثمناً ، وأن عقده تبرع فى صورة بيع . فأعطاهم القانون حق الطعن مطلقاً إذا زادت قيمة المبيع عن ثلث التركة ، فإذا طعنوا فى أصل البيع ، وألقى عبء إثبات تسليم الثمن على

---

(١) صوابها أن الغبن نفسه يكون زائداً على ثلث مال البائع ، فزيادة المبيع عن الثلث أو نقصه ليست موضع النظر إنما موضع النظر هو زيادة الغبن عن الثلث .

(٢) شرح القانون المدنى هامش صفحة ٢٢٨ وبحث تصرفات المريض مرض الموت المنشور بمجلة القانون والاقتصاد فى السنة الثامنة للأستاذ الجليل محمد كامل بك مرسى .

المشترى ، وثبت بالبينات والحجج أن الثمن وصل إلى المريض ، أو أنه قد وصله ما يجعل الثلثين سالمين للورثة أجيز البيع ، وإلا خير المشترى بين الفسخ أو سد النقص فى الثلثين ، وفى الحق إن ذلك يكون تنفيذاً لفكرة الشريعة من طريق غير طريقها فى الترافع [١] .

وكما اختلف الشراح ذلك الاختلاف اختلفت المحاكم أيضاً فمنها من أخذ برأى حلمى عيسى باشا، وهو يؤيد الرأى الذى يقول إن القانون سلك مسلكا يخالف مسلك الشريعة فى المحافظة على سلامة الثلثين للورثة . ومنها ما أخذ بالرأى الذى يفسر المواد بما يتفق مع طريقة الشريعة فى المحافظة على حق الورثة بتوقف البيع على إجازتهم إذا كان فى البيع غبن فاحش زاد مقداره عن الثلث ، ومحكمة الاستئناف من هذا الرأى [٢] .

١٩٢ — هذا هو الموضع الأول الذى كان موضع ملاحظة على مواد القانون الخاصة بمرض الموت . أما الموضع الثانى ، فهو أن القانون لم يذكر من تصرفات المريض مرض الموت إلا البيع ، ولم يتصد لسواه ، فلم يذكر شراء المريض ، كما لم يذكر إبراءه ، وإقراراته سواء أكانت لوارث أم

---

(١) استخلصنا هذا المعنى من كتاب البيع للأستاذ حلمى عيسى باشا وقد جاء فيه: «إن الشارع أراد أن يتخذ لنفسه طريقاً آخر غير طريق الشريعة الإسلامية فى اعتبار القدر الجائز التبرع به ، وهو النظر للمبيع لا للثمن فإن الشرعيين يعتبرون القدر المحابى به فى الثمن هو الذى يأخذ حكم الوصية ، فأراد واضع القانون المصرى أن يجعل المبيع هو الذى تسرى عليه هذه الأحكام ، فإن كان البيع لأجنبى يخرج من ثلث التركة نفذ ، وإلا جاز للبائع أن يلزم المشترى بفسخه أو برد قيمة ما نقص من ثلثى مال المتوفى ، وهذه طريقة أكثر مطابقة للعمل ، وموافقة لمذهبه فى الهبة الموصوفة ببيع ، فإن من الصعب معرفة القدر المتبرع به إذا أقر البائع فى عقد بيع بمحاباة ، أنه قبض جميع الثمن ولا يمكن التصريح من جانب آخر للورثة بإثبات ذلك بشهادة الشهود ، لأن فيه مخالفة لقواعد الإثبات » راجع كتاب البيع ص ٣٠٧ وبحث الأستاذ الكبير محمد كامل بك مرسى المنشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة الثامنة .

(٢) راجع بحث الأستاذ كامل بك مرسى المنوه عنه .

لأجنبي ، فهل يرجع فيها للشريعة بالقياس على البيع ، ولأن أحكامها ذات صلة كبيرة بالميراث ، والميراث يحكم فيه بمقتضى الشريعة ، ولأن إقراراته وإبراءه تأخذ حكم الهبات . ويحكم فيها بمقتضى الشريعة في الجملة ؟ اختلفت المحاكم في ذلك أيضا فبعض المحاكم قصر الحكم على مورد النص ، واعتبر التصرف الذي أعطى فيه المريض حكما خاصاً في القانون المدني هو البيع ؛ فيقتصر عليه ، لأن المريض كامل الأهلية ، فلتصرفاته أحكام كاملي الأهلية ، ولأن النص على البيع جاء على خلاف القياس ، وما يجيء على خلاف القياس لا يعلل النص فيه ، ولا يقاس عليه غيره ، ولو أراد الشارع أن يأخذ بكل أحكام المريض مرض الموت التي اختصته الشريعة بها لنقلها جملة إليه ، ولم يقتصر على بعضها ، فاقتصاره على بعضها دليل على أنه ما أراد غير ما اختاره ، وماقصد غير مانقله ، فإذا توسعنا فيها وأعطينا تصرفات المريض كل الأحكام التي أعطيتها في الشريعة كان ذلك تحميلا للنصوص ما لا تحتمل ، وكان فوق ذلك مجافاة لقصد الشارع في تخصيص ما ذكره بتلك الأحكام .

وبعض المحاكم يرى أن تقييد تصرف المريض مرض الموت بما لا يضر بالوارث يجب ألا يقتصر على ما نص عليه في القانون بل يعدوه إلى تصرف تتحقق فيه المضارة بالوارث ، وخصوصاً فيما نص عليه الفقه الإسلامي ، وذلك ؛ لأن النص على تقييد بيعه الغرض منه تقرير القاعدة الشرعية العامة التي تقضي بعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت التي تضر الورثة وتعطيها حكم الوصية ، فقصر النص على البيع لا يمنع شمول ما عداه ، لأنه لم يرد نص سالب مانع من تعميم الحكم على كل التصرفات التي تضر بالوارث كالإقرار لأحد الورثة في حال المرض ، ولا بينة سوى الإقرار من المريض ، وكالشراء من وارث بمحاباة ، أو الشراء من الأجنبي بمحاباة تجاوزت الثلثين ، هذا والنص معلل ، فما من نص في القانون إلا وله علة باعثة عليه ،

وحكمة دافعة إليه ، والعلة هى بلا ريب منع الضرر الواقع على الوارث من تصرفاته سواء أكانت إنشائية أم إخبارية ، ولا يتصور أن الشارع أتى بنص من غير علة له ، وإلا كان عابثاً . وإن هذه العلة تتحقق فى غير البيع للوارث بأكثر مما فى البيع أحياناً ، فهى واضحة فى إقراره لوارث بمال لم تقم عليه أى بينة ، ولم يوجد عليه أى دليل سوى هذا الاقرار ، فهو يدخل فى المنع بدلالة الأولى لوضوح العلة فيه أكثر من البيع . هذا ولم يوجد نص فى القانون يبين أحكام تصرفات المريض مرض الموت فى غير البيع ، ولا جائز أن نقول إن أحكام الصحيح تشمله ؛ لأنه باتفاق فقهاء الشريعة قد حد من تصرفاته بما يحفظ للورثة حقوقهم ، ويعتبر الفقهاء أن المرض عارض من عوارض الأهلية يرد عليها بالتقييد ، فلا تطبق عليه النصوص الخاصة بالصحيح ، لأن هذا حريته مطلقة فى التصرفات إذا لم يتعلق بها حق غيره أما ذاك فحريته مقيدة ، لتعلق حق الورثة بماله . وإذا كان القانون لم يأت بنصوص تبين سائر تصرفات المريض مرض الموت فالقضاء مأمور بتطبيق قواعد العدل والإنصاف بمقتضى المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، وليس أعدل من إحاطة المورث ، وهو فى مرض الموت بسياج يمنعه من إصدار تصرف يضر بمصلحة بعض الورثة (١) .

١٩٣ — هذا وإن تناول المحاكم الأهلية بدرجاتها تصرفات المريض مرض الموت فى أحكامها جعله موضع بحث واستنباط ونقص فى الفقه الحديث ، فاتسع نطاق البحث فيه ، وكثر التفنن فى تعليل أحكامه ، والكشف عن مدفون آراء الفقه الإسلامى فيه وتتبع دقائقه ومراميه ، فاستفاد الفقه القديم حياة جديدة ، وجرى فيه دم غزير أمد الفقه الحديث ، وهكذا كل

---

(١) استخلصنا أدلة الفريقين من المحاكم مما ساقه الأستاذ الكبير الدكتور محمد كامل مرسى بك من أحكام فى بحث المريض مرض الموت المنوه عنه سابقاً .

موضوع يتناوله التطبيق الحر . ويأخذه بالعمل الفكر المستقيم ، فلقد كان تشعب الأنظار وتضارب الآراء واحتكاكها مضيئا لجوانب الموضوع من نواحيه الفقهية والقانونية والمصلحية . وكل كان موفقاً فى اتجاهاته ، لا يبعد عن سمت الشريعة وطريقها إلا فى القليل النادر جداً [١] والنادر لا يعطى حكماً ، ولا يطغى على ما فى الكثير مما يوجب الثناء والإطراء .

---

(١) ومن ذلك القليل النادر ما جاء فى أحد أحكام محكمة الاستئناف من « أنه إذا أوصى شخص لأحفاده بمقدار نصيب والدهم المتوفى فى تركته ، فلهم بعد موته نفس الحقوق التى لكل أولاد ذلك الجد ، وعليهم نفس الواجبات ، ومن هذه الحقوق أن يجيزوا أو يمتنعوا عن إجازة البيع الصادر من جدهم لباقى أولاده فى مرض موت جدهم . وقد ألغت المحكمة حكم المحكمة الابتدائية الذى قضى باعتبار أولاد ابن المتوفى موصى لهم لا ورثة ، واعتبار البيع الصادر عن الجد عدولا عن الوصية فى المقدار المبيع » راجع فى هذا بحث الأستاذ كامل بك مرسى . وعندى أن هذا لا يؤيده فقه ، ولا يعتمد على قانون ؛ بل يناقضه الفقه الإسلامى ، والقانون المصرى ، ولكن يلاحظ أن الدائرة التى أصدرته فيها عضوان إنجليزيان والثالث مصرى .

الولاية

١٩٤ – تكلمنا فيما مضى على أحد العنصرين اللازمين لنفاذ العقد ، وهما الأهلية والولاية ، فتكلمنا فى أهلية الوجوب ، وأهلية الأداء فى حال فقدها ، وفى حال قصورها ، وقلنا أن كمالها بالبلوغ والرشد ، ثم تكلمنا فى أهلية المرأة وأهلية المريض مرض الموت . ومناط الأهلية اللازمة لصحة العقد أن تكون عبارة العاقد صالحة لأن يقصد بها معانى العقد ، فمعنى الأهلية فى العقود متجه إلى صلاحية العبارة فى ذاتها لأن تنعقد بها العقود والتصرفات أو لا تنعقد ، فإذا انعقدت العقود بعبارة شخص كان عنده أهلية أداء كاملة أو قاصرة ، وإن لم تكن عبارته صالحة لأن تعقد بها العقود لم تكن عنده أهلية أداء أصلا .

هذه هى الأهلية ، أما الولاية فمعناها أن يكون للعاقد سلطة تمكنه من تنفيذ العقد ، وترتيب آثاره عليه ، وتلك السلطة قد تكون بالإصالة ، وقد تكون بقيام الشخص على شئون غيره بولاية شرعية أعطاها له الشرع الشريف ، كولاية الأب على ابنه ، وولاية الجد على حفيده ، أو بوصاية من أبى الشخص أو جده ، أو القضاء ، وقد تكون تلك السلطة بتوكيل صاحب الشأن وإنابته ، كما فى التوكيل بالبيع والشراء والنكاح ونحو ذلك . ومن هذا يتبين أن ولاية العاقد على العقد تكون لأحد أسباب ثلاثة :

(١) الإصالة فيها بأن يكون متولى العقد هو صاحب الشأن فيه ، وذلك يكون لكامل الأهلية إذا عقد لنفسه فكمال الأهلية يثبت معه حتما الولاية التامة على شئون نفسه ، فالبالغ العاقل الرشيد له الولاية التامة على شئونه وعقوده وتصرفاته لا يحد منها إلا ما يتعلق بحق الغير .

(٢) أن يكون للشخص ولاية على غيره بولاية شرعية يعطيها له الشارع، وهى لا تكون إلا للأب أو الجد أبى الأب[1] أو بوصاية من قبل الأب أو الجد أو القاضى ، وهذا النوع من الولاية يثبت فى عقود فاقد الأهلية أو ناقصها لهؤلاء الأقارب أو للوصى الذى يعينه الأب أو الجد أو القاضى ، ولهذا النوع من الولاية ترتيب ، وللولى أو الوصى فيه تصرفات حدها الشارع ملاحظاً مصلحة المولى عليه المادية والمعنوية ، وموضع تفصيل هذا فى الأحوال الشخصية ، فليرجع إليه هنالك .

(٣) أن تكون ولاية الشخص على العقد بتوكيل من صاحب الشأن ، ويتبين ذلك فى الوكالة وأحكام العقود بسببها .

وإذا عقد الشخص ، وعنده أهلية أداء ، ولم تكن له ولاية لعدم وجود سبب من أسباب الولاية السابقة ، فهو فضولى ، فالفضولى من يتصرف تصرفاً أو يعقد عقداً ليست له ولاية عليه .

وقد بينا سبب الولاية الأول فى الكلام على أهلية الأداء ، ولنترك الكلام على السبب الثانى ؛ لأنه مفصل فى الأحوال الشخصية ، وبيانه هنالك أليق وأنسب ، فلنتكلم على السبب الثالث ، وعقود الفضولى .

---

(١) وتكون فى النكاح للأب والجد ، وسائر العصبات .

العقد بالوكالة عن صاحب الشأن

١٩٥ — الوكالة عقد بين شخصين من مقتضاه أن يقوم أحدهما مقام الآخر فيما يملكه من تصرف معلوم ، فالعقد بمقتضى الوكالة يختلف عن العقد بمقتضى الولاية الشرعية أو الوصاية ، إذ أن الذى عقد لأجله العقد له سلطة فى إقامة العاقد مقامه فى الوكالة ، إذ الوكيل يتولى ولاية العقد بالاستمداد من ولاية الموكل الذى يعقد ر . وفى الوصاية والولاية الشرعية لا يستمد العاقد السلطة ممن عقد له ، بل يستمدها من اعتبار الشارع له نائباً عن القاصر الذى يعقد عنه ، لأن القاصر ما أعطاه سلطة ، وليس له فى إقامته إرادة ، بل الذى أعطاه تلك السلطة هو الشارع .

١٩٦ — والقانون الرومانى لم يكن يعرف العقد بمقتضى الوكالة إلا فى قيام الابن أو العبد مقام رب الأسرة فى إثبات حقوق له ، فاعترف بتولى هذين عقوده بالنيابة على شرط أن تتحقق تلك النيابة فى إثبات كونه دائناً صاحب حقوق ، لا مديناً تثبت عليه الحقوق والالتزامات ، ثم تدرج هذا القانون بعد ذلك ، فاعترف بعقود يتولاها الوكيل عن غيره معتبراً الوكالة ، على أن تنحصر آثارها فى أن يكون الموكل مديناً تثبت عليه الحقوق ، ولا تثبت له بمقتضى تصرفات الوكيل عنه حقوق قط ، فلم يعط القانون الرومانى فى أى عصر من عصوره الموكل الحق فى أن يطالب من عقد معه وكيله بحكم العقد وحقوقه ، بل يتولى ذلك الوكيل ، وإن أعطى ذلك القانون فى آخر أدواره من عقد معه الوكيل الحق فى مطالبة من وكله بحقوق العقد عليه[١] .

---

(١) راجع نظرية العقد للأستاذ الدكتور السنهورى بك هامش صفحة ٢٠٨ ، ٢٠٩ .

فلما خلف الفقه الحديث من بعد القانون الرومانى اعترف بالوكالة وأساغها، بيد أنه لا زال القانون الفرنسى لا يجيز التوكيل فى عقود الزواج والتبنى، والإقرار بالبنوة الطبيعية والوصية، وحيث لا يجوز الأخذ بأقوال وكيل، كذلك لا يجوز الأخذ بأقوال رسول فى هذه المسائل أيضاً(١).

١٩٧ — أما الشريعة الإسلامية فقد اعترفت بالوكالة كاملة، وجعلت كل عقد أو تصرف شرعى له آثار رتبها الشارع عليه تجوز فيه الوكالة، فكل ما يجوز للشخص من التصرفات الشرعية والعقود له أن يوكل فيه، ولم يستثن شيء من العقود، ولا التصرفات إلا الأعمال القانونية التى اشترط الشارع أن يتولاها ذو الشأن بنفسه(٢) كاستيفاء القصاص من الجانى؛ فإن الشارع قد جعل لوليه سلطاناً فيه دون سواه، فلا يقبل التوكيل فيه. وبقية التصرفات والعقود الشرعية تقبل فيه الوكالة، وقد ذكر صاحب الهداية ضابطاً لما تجوز فيه الوكالة من العقود، فقال: «كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه، جاز أن يوكل غيره به» فالشريعة كما ترى أوسع الشرائع رحابا وحرية فى الوكالة أجازتها فى كل عقود التجارة، وفى عقود الأنكحة، وسائر التصرفات كالوقف والإعتاق والطلاق والخلع وغير ذلك مما يملكه الشخص، ويمكنه الإنابة فيه بحكم الشارع، وذلك لأنه قد وردت الآثار عن النبى صلى الله عليه وسلم بأنه وكل غيره فى عقود مالية، ولم يعرف أن هذه خصوصية له فتكون عامة، كما ثبت أنه وكل عمرو بن أمية الضميرى فى تزويجه عليه السلام من حبيبه وهى بالحبشة، بل لقد ثبت أن الأمة الإسلامية قد أجمعت على جواز الوكالة فى الجملة؛ لأن الحاجة داعية إليها، فإن من الناس

---

(١) راجع نظرية العقد للأستاذ الدكتور السنهورى بك هامش صفحة ٢٠٨، ٢٠٩.

(٢) ومثله الشهادة، فإن الإنابة فيها لا تصح، وكذلك اليمين. وغير ذلك من المسائل التى لا يقبلها الشارع إلا من الشخص نفسه.

من لا يمكنه فعل كل ما يحتاج إليه بنفسه ، فاحتاج إلى وكيل يقيمه مقامه كما أن «من الناس من لا يحسن البيع والشراء ، ولا يمكنه الخروج إلى الأسواق، وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه ، وقد يحسن ولا يتفرغ له ، وربما لا تليق به التجارة لكونه امرأة ، أو ممن يتعير بنوعها ، ويحط ذلك من منزلته ، فأباحها الشارع دفعاً للحاجة وتحصيلا لمصلحة الإنسان »[١] .

١٩٨ — والوكيل ينال الولاية على العقد من الموكل ، كما ذكرنا ، ولذا يجب أن يكون الموكل ذا أهلية العقد الذى يعقده وكيله بتوكيل منه فيه؛ لأنه يستمد القوة منه فيه ، وينفذ العقد بتمكين الموكل منه ، فيجب أن يكون هو أهلا له ؛ إذ فاقد الشيء لا يعطيه لغيره ، والضابط فى ذلك أن كل من صح تصرفه فى شيء بنفسه ، وكان التصرف مما يقبل النيابة صح أن يوكل فيه أى شخص سواء أكان رجلا أم امرأة وسواء أكان مسلماً أم غير مسلم ، ومناط الضابط كما ترى امتلاكه للتصرف بنفسه فيما يوكل فيه ، فما لا يملكه بنفسه لا يملك التوكيل فيه . وعلى ذلك لا يصح التوكيل من المجنون ، والصبي الذى لا يعقل أصلا ؛ لأن العقل من شرائط أهلية الأداء، فليس عند هؤلاء أهلية أداء ، فلا يملكون التصرفات بأنفسهم ، وكذلك لا يصح التوكيل من الصبي العاقل بما لا يملكه بنفسه كالطلاق والعتاق والهبة ونحوها ، ويصح توكيله بالتصرفات النافذة منه كقبوله الهبة لأنه مما يملكه بنفسه بدون إذن وليه ، فيملك التوكيل فيه إلى غيره ؛ وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة ، فإن كان مأذوناً بالتجارة يصح منه التوكيل فيها ؛ لأنه يملكها بنفسه بمقتضى ذلك الإذن ؛ وإن لم يكن مأذوناً ينعقد توكيله فى العقود القابلة للنفع والضرر موقوفاً على إجازة وليه أو وصيه[٢] ، والسفيه وذو الغفلة يجوز توكيلهما فى كل ما يملكانه بأنفسهما

---

(١) المغنى الجزء السادس ص ٢٠٣ .　　(٢) البدائع الجزء السادس ص ٢٠ .

من غير توقف على إذن القائم على شئونهما ، فيصح منهما التوكيل بالنكاح والطلاق والوقف على النفس والذرية ومن بعدهما على الفقراء ، والوصية بما لا يزيد عن الثلث إذا كانت على غير وصايا أهل الفساد ، وهكذا .

هذا ما يتعلق بما يجب توافره في الموكل ، أما الذى يجب توافره في الوكيل ، فليس هو كمال الأهلية بل صلاحية عبارته لأن ينعقد بها عقود ، بأن يكون ذا قصد معتبر في إنشاء مطلق عقد ، ولذلك يجب توافر شرط واحد فيه ، وهو أن يكون عاقلا سواء أكان بالغاً أم غير بالغ ، وسواء أكان رشيداً أم سفيهاً ، فيصح أن يكون الصبي المميز وكيلا عن غيره ؛ لأن عبارته صالحة لأن تنعقد بها العقود ، وهو يفهم معانيها في الجملة ، ولكن عقوده الضارة به لا تنفذ عليه رعاية لمصلحته ، ورحمة به خشية أن يؤذيه ضعف الصغر ، والعقود التى تقبل الضرر والنفع احتاجت إلى إذن الولى ليجتمع رأياهما . وقد خالف الشافعى رضى الله عنه في صحة التوكيل للصغير ، وذلك هو مقتضى قاعدته القائلة : إن كل شيء حجر على الصغير فيه لا ينعقد إذا تولاه هو ، وقد حجر الصغير المميز عن العقود ، فلا تنعقد منه لنفسه أو لغيره ، وقد بينا ذلك فيما مضى .

أما أبو حنيفة وأصحابه فيسيرون على مقتضى قواعدهم ، وهو أن الحجر على الصغير المميز ليس لعدم صلاحية عبارته للعقود ، بل لحفظ أمواله ، وعجزه عن إدارتها بمقتضى صغره ، فضم إليه من يعينه ويهديه ويربيه ، وهو الولى أو الوصى . ولقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة قالت إن أوليائى غيب يارسول الله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : «ليس فيهم من يكرهنى» ثم قال لعمرو بن أم سلمة قم فزوج أمك منى ، فزوجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولقد قالوا إنه كان في ذلك الوقت صبياً[(١)] مميزاً ، ولم يكن قد بلغ الحلم ، فدل هذا على صحة إقامته

(١) البدائع الجزء السادس ص ٢٠ .

وكيلا فى النكاح ، والنكاح أخطر العقود ، وأبعدها أثراً فى حياة العاقدين .

١٩٩ — والوكيل إذا تمت وكالته يعقد العقود التى يعقدها بعبارته هو ، لا بعبارة الموكل ، وإرادته هى العنصر الداخل فى تكوين العقد بتلاقيها مع إرادة العاقد الآخر ، وليست إرادة الموكل هى العنصر المكون ، وهذا ما تصرح به كتب الحنفية ، وتنطق به العبارات المأثورة عن فقهائهم . فقد جاء فى الزيلعى ما نصه : « الوكيل أصل فى العقد ؛ لأن العقد يقوم بالكلام ، وصحة كلامه باعتبار كونه آدمياً عاقلا ، وقضيته أن يكون الحاصل بالعقد واقعاً له ، غير أن الموكل لما استنابه فى تحصيل الحكم جعلناه نائباً فى حق الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصوده » ومثل ذلك جاء فى البدائع وفتح القدير وغيرهما ، وهذا يدل على أن ذلك هو مذهب أبى حنيفة ، فالوكيل إذن على هذا المذهب يعقد بإرادته لا بإرادة موكله ، وما عساه يكون عيباً فى الرضا يتعلق بإرادته هو لا بإرادة الموكل ، فإكراهه يفسد العقد ، كما أن هزله يفسده أيضاً إذا كان من العقود التى يؤثر فيها الهزل والإكراه ، وله شرط الخيار لنفسه ، وله الرد بخيار العيب ، وله خيار الفسخ إذا تبين أن العقد حصل فيه غلط بأن عقد على أساس أن المعقود عليه موصوف بوصف مرغوب فيه ، وتبين أنه موصوف بغيره ، لأن كل هذه الأمور تتعلق بالرضا ، والعبرة فى الرضا هو رضا العاقد ، وهو الوكيل هنا .

٢٠٠ — وإذا كان العاقد يعقد بإرادته المستقلة ، وهى العنصر الداخل فى تكوين العقد لا إرادة الموكل ، فهل حكم العقد وحقوقه ترجع إلى الوكيل ؟ وقبل الإجابة عن هذا السؤال نوضح الفرق بين حكم العقد وحقوقه : حكم العقد المراد به هنا الأثر المترتب على العقد الذى يثبت لكل من العاقدين قبل الآخر ؛ وحقوق العقد كل ما اتصل بتنفيذ أحكام العقد ،

والتمكين لكلا العاقدين مما أعطاه له العقد وضمان سلامة المعقود عليه ، وأنه وفق الأوصاف التي وصف بها ؛ ولذا يعد من حقوق العقد في البيع تسليم المبيع ، وقبض الثمن ، والرد بخيار العيب ، وخيار فوات الوصف المرغوب فيه ، وضمان رد الثمن إذا تبين أن المبيع لم يكن ملكا للبائع وقت البيع وغير ذلك ، أما حكم البيع فهو ثبوت ملكية المشترى المبيع . واستحقاق البائع للثمن المذكور في العقد .

وبعد هذا التقريب الذي يتميز به كل من حكم العقد وحقوقه نبين إلى من يرجع حكم العقد وحقوقه في العقود التي يتولاها الوكيل . اتفق الفقهاء على أن حكم العقد يرجع إلى الموكل ، سواء أضاف الوكيل العقد إلى نفسه ، أم أضافه إلى موكله ، لأن الوكيل ما عقد لنفسه . بل عقد لغيره ، فهو ما تولاه أصيلا ، بل تولاه نائباً عن غيره ، ومقتضى هذه النيابة التي لابست العقد ولم تفارقه أن تكون أحكام العقد للأصيل لا للوكيل ، وإلا كان عاقداً لنفسه لا لغيره ، وما يكون وكيلا ، بل يكون أصيلا ، وذلك غير الفرض .

أما حقوق العقد فهي ترجع إلى الوكيل إذا أضاف العقد إلى نفسه ، وكان العقد مما تصح إضافته إلى الوكيل بحيث لا تمنع إضافته[1] إلى الوكيل أن تئول

---

(١) يشبه العقد الذي يضاف إلى الوكيل لا إلى الموكل نظرية الشخص المستعار في القوانين الحديثة ، أو نظام الأصيل المستور في القانون الإنجليزى ، وقد جاء في كتاب نظرية العقد لأستاذنا السنهوري بك ما نصه : « في هذا النظام يتعاقد النائب باسمه شخصياً مع الغير ثم يظهر بعد ذلك أنه أراد التعاقد نيابة عن الغير ، وبالرغم من أنه لم يذكر ذلك وقت التعاقد ، ومن أن الغير الذى تعامل معه إنما كان يتعامل معه بصفته الشخصية لا بصفته نائباً ، فإن الأصيل المكتوم بعد أن يظهر تكون علاقته مع الغير الذى تعاقد معه النائب علاقة مباشرة ، ويسرى في حقه العقد الذى باشره نائبه ، مادام هذا العقد لم تكن فيه شخصية العاقدين محل اعتبار . وما دام يثبت أنه كان يستوى لدى الغير الذى تعامل أن يتعامل معه أو مع غيره ، وهذا النظام الإنجليزى هو في الواقع مرحلة إلى الأمام في نظام الاسم المستعار الذى تعرفه القوانين اللاتينية والقوانين الجرمانية ، فإن هذا النظام الأخير لا يجعل العلاقة مباشرة بين =

أحكامه إلى الموكل ، وبيان ذلك أن العقود قسمان عقود لا تضاف إلى الوكيل قط ، بحيث لو أضيفت إليه صار العقد من كل الوجوه إليه ، كعقد النكاح والهبة والقرض والإعارة ، وهذه العقود قسمان : (أحدهما) عقود لا تتراخى أسبابها عن أحكامها ، وهى عقود النكاح والخلع وما يشابهها من العتاق والطلاق ، وهذه لا يمكن أن تضاف إلى الوكيل ، لأن أسبابها تتصل فوراً بآثارها ، فلم تقبل أن يكون سببها للوكيل ، وأثرها للموكل ؛ بل يجب أن يكون كلاهما لشخص واحد ليتم الاتصال بين السبب والأثر ، فلم تصح إلا مضافة للموكل ، وليس للوكيل فيها إلا النطق بصيغة العقد ، ولذلك قالوا إن الوكالة فيها سفارة ، وليست وكالة حقيقية ، إذ الوكيل فيها ليس إلا سفيراً ومعبراً ، وما ذلك شأن الوكيل المطلق . (ثانيهما) عقود لا تتم إلا بالقبض ، وهى الهبة والصدقة والإعارة ، والقرض ونحوها ، وهذه يكون الوكيل فيها أيضاً سفيراً ، لأن الوكيل يجب أن يضيفها إلى الموكل ، ولأن القبض جزء متمم للعقد ، وقبضه لا يكون قبض أصالة ، إذ الملك وهو الحكم ثابت للموكل فيجب إذن أن يكون نائباً فى القبض وهو جزء العقد ، فيكون نائباً فيه كله ، فلا بد أن يضيف العقد إلى الموكل ، ويكون أيضاً سفيراً ومعبراً ، بخلاف البيع وأخواته فى ذلك ، فإن الوكيل فيها مستقل بإنشاء العقد ، فإن أضافه إليه لم يمنع مرور أحكامه للموكل ، إذ قالوا إن الحكم يثبت فى البيع ونحوه للوكيل ، ثم ينتقل للموكل ، على ما سنبين ، وذلك كله غير متحقق فى العقود التى لا تتم إلا بالقبض .

وبعد بيان هذه الأقسام نقول إن العقود التى لا تكون مضافة إلى الوكيل

= الأصيل والغير بل يتوسط بينهما النائب ، ويرجع كل منهما عليه دون أن يرجع أحد منهما على الآخر أما النظام الإنجليزى فيسمح بهذا الرجوع » اه . والشريعة فى أنها جعلت الحكم فى العقود المضافة إلى الوكيل يرجع إلى الموكل والحقوق ترجع إلى الموكل قد أخذت أعدل ما فى النظريتين بجعل الحكم فيه للأصيل والحقوق ترجع للوكيل .

ترجع الحقوق والأحكام فيها إلى الموكل ، لما بينا من أن الوكيل فيها يتولى كل شيء بوصف كونه نائباً ، فهو فى الحقيقة سفير ومعبر ، أما العقود التى تضاف إلى الوكيل ، وليس من خواصها ما يمنع هذه الإضافة ، فإن حكم العقد يكون للموكل ، وحقوقه تكون للوكيل ، ولا تذكر كتب الخلاف الفقهى خلافاً فى هذه المسألة . ولكن كتب الحنفية يذكر فيها خلاف الشافعى[1] وتقول إنه يرى أن حقوق العقد كأحكامه ترجع فى هذا النوع من العقود إلى الموكل ، وتذكر حجته فى ذلك كون الحقوق لا تنفصل عن الأحكام ، فلا تكون آثار العقد وأحكامه لشخص ، بينما حقوقه تكون لآخر ، إذ الحقوق تابعة للحكم ملازمة له ، فإذا ثبت حكم العقد لشخص ، فلابد أن تتبعه لوازمه وتوابعه ، وهى الحقوق . وأيضاً فإن حقوق عقود المعاوضات التى تصح إضافتها إلى الوكيل تماثل عقود النكاح وأخواته التى يعقدها الوكيل غير مضيفها لنفسه فى حكم الوكالة ، إذ الوكيل فى كليهما لا يعقد لنفسه ، بل يعقد لغيره ، وقد جعلنا الحقوق تعود إلى الموكل فى هذه ، فكذلك الحقوق فى تلك تعود إلى الموكل ، ولا فرق بينهما .

---

(١) يعقد الأستاذ السنهورى بك مقايسة بين مذهب أبى حنيفة ، ومذهب الشافعى ، فيقول إن مذهب أبى حنيفة يقرب من القانون الرومانى ، ومذهب الشافعى يقرب من القانون الحديث ، ونحن نقر رأيه فى قرب مذهب الشافعى من القوانين الحديثة ، ولكن نخالفه كل المخالفة فى قرب مذهب أبى حنيفة من القانون الرومانى ، وذلك ١ — لأن القانون الرومانى حتى آخر أدواره لم يجعل الموكل دائناً قط إلا فى قيام الابن أو العبد مقام رب الأسرة ، بينما مذهب أبى حنيفة يجعل الموكل دائناً باعطائه حكم العقد ، وحقوقه فيما لا يضيفه الوكيل إلى الموكل .

٢ — ولأن أبا حنيفة أعطى العاقد الآخر حق مطالبة الوكيل ، لأنه أمامه ضامن لأحكام العقد ، إذ لا علم عنده بالأصيل فى حالة عدم إضافة العقد إليه .

٣ — ولأن جعل الحقوق للوكيل إنما هو فى حال واحدة ، وهى ما إذا أضاف العقد إلى نفسه وذلك كما قلنا يشبه نظرية الشخص المستعار أو الأصيل المستور فى القوانين الحديثة . والحقوق والأحكام ترجع إلى الموكل فيما يضيفه الوكيل إليه ، فلا قرب بين مذهب أبى حنيفة والقانون الرومانى إلا إذا كان القرب يقاس بالفراسخ والأميال ، لا بالأذرع والأشبار .

ويستدل الحنفية لرأيهم ، وهو رأى أكثر الفقهاء بأن الوكيل هو العاقد حقيقة ؛ لأن عقده كلامه القائم بذاته حقيقة الصادر عنه ألفاظاً وعبارات مقصودة مفيدة لمعنى العقد ، فلا يصح أن ينسب العقد إلى الموكل ، لأنه ليس فاعلا له ، والوكيل لم يضفه إليه ، إذ لم يتكلم بعبارة يستفاد منها أنه فى عقده حاك لإرادة الموكل ، وملق تبعات العقد عليه ؛ فلابد إذن أن تكون حقوق العقد وتوابعه التى بها يتم تنفيذ أحكامه ، ويتمكن كل من طرفيه من حقه — راجعة إلى الوكيل ، لأن العاقد الآخر لم يعرف سواه . وكان مقتضى هذا أن يثبت الحكم أيضاً للوكيل ، ولكن الشرع جعل الحكم يثبت للموكل لأن العقد ، وإن لم يكن صادراً عنه ، ولم يضف إليه ، قد صدر بأمره وإنابته ، فكان الحكم له لهذا المعنى ، وكأن فى عقد الوكيل الذى يباشره من غير أن يضيفه إلى الموكل حقيقتين شرعيتين لابد من اعتبارهما معاً :

الحقيقة الأولى : أن الوكيل يعتبر هو العاقد ، وأن العاقد الآخر لا يعرف سواه ، فالعهدة والضمان اللذان أوجبهما العقد يكونان موجهين إلى الوكيل .

الحقيقة الثانية : أن الوكيل ما عقد إلا تنفيذاً لأمر الموكل ، وإعمالا لإنابته عنه ، فجعل الفقهاء آثار الحقيقة الشرعية الأولى فى أن كانت ضمانات تنفيذ العقد ، وسائر حقوقه على الوكيل[1] . وجعلت الحقيقة الثانية آثار

---

(١) جاء فى الوكالة ما يفيد أن حقوق العقد التى تكون فى جانب العاقد تكون لازمة على الوكيل لا يستطيع التخلى عنها . أما الحقوق التى تكون فى جانب الموكل فليست بلازمة على الوكيل ، فقد جاء فى الوكالة بالبيع والشراء « يجب أن يعلم أن الحقوق نوعان حق للوكيل ، وحق يكون على الوكيل ، فالأول كقبض المبيع والمخاصمة فى العيب والرجوع بثمن مستحق (إذا كان وكيل المشترى) ففى هذا النوع للوكيل ولاية هذه الأمور ، لكن لا تجب عليه ، فإن امتنع لا يجبره الموكل على هذه الأفعال ، لأنه متبرع فى العمل ، بل يوكل الموكل بهذه الأفعال . وفى النوع الآخر يكون الوكيل مدعى عليه ، فللمدعى أن يجبر الوكيل على تسليم المبيع (إن كان وكيلا بالبيع) وتسليم الثمن (إن كان وكيلا بالشراء) =

العقد للموكل ، وإنما جعلت الحكم للموكل ، وأعملت حقيقة النيابة بالنسبة له ؛ لأن الوكيل ، وإن عقد هو العقد لا يتصرف بولاية نفسه ، بل بولاية مستفادة من الموكل . فمن وكل شخصاً ببيع عين فولاية بيع العين مستفادة من الموكل ، فالحكم يكون له ؛ إذ بالبيع تخرج العين من ملكيته بهذه الولاية المستفادة منه ، ويحل محله استحقاق الثمن ليتم معنى المعاوضة ، فكان من إعمال حقيقة النيابة الشرعية أن يكون أصل الحكم للموكل . ويردون استدلال الشافعي بقياس ما يضيفه الوكيل إلى نفسه على ما لا يضيفه ، بأن الوكيل فيما يضيفه العاقد إلى الموكل قد أرشد العاقد الثاني إلى من ترجع تبعات العقد إليه ، فكان كالسفير والمعبر . وبذلك يخلو من كل ضمانات العقد وتعهداته .

هذا ويقررون أن الوكيل إذا لم يكن من أهل الضمان بأن كان محجوراً عليه ولو أنه مميز لا ترجع الحقوق في أي عقد إليه ؛ لأن رجوع الحقوق إليه ضمان وكفالة ، وهو لا يملك أن ينشيء الكفالة ؛ لأنها تبرع والتبرعات لا تنعقد منه ؛ لذلك كانت الحقوق في العقود التي يتولاها بالنيابة عن غيره ترجع إلى الموكل ، ولو أضاف العقد إلى نفسه .

ولقد قال بعض الفقهاء أن الوكيل إذا كان محجوراً عليه غير مأذون بالتجارة وأضاف العقد إلى نفسه ؛ وكان العاقد الآخر لا يعلم أنه محجور عليه ، وأنه يتولى العقد بالنيابة عن غيره ، فله الخيار إما أن يبقى العقد أو يفسخه ؛ وذلك لأن شرط عقود المعاوضات ، وهي التي يجوز أن يضيفها الوكيل إلى نفسه — الرضا ، وقد اختل الرضا هنا ، لأن العاقد ما أقدم على العقد إلا وهو يعلم أن تبعات

= ومن هذا يتبين أن رجوع الحقوق إليه من جهة الضمان : فهو ضامن لحقوق العقد بالنسبة للعاقد الآخر الذي لا يعلم بالموكل . وغير ضامن لحقوق العقد بالنسبة للموكل . لا قدر أثر العقد ، وإن كانت له ولاية على هذه الحقوق .

العقد ترجع على من عقد معه ، فإذا تبين أنها ليست له فمعنى ذلك أن الرضا لم يكن على أساس صحيح بتحويل ليس من جانبه ، فيكون له الفسخ كالفسخ بخيار العيب . ولكن المروى فى ظاهر الرواية أنه لا خيار للعاقد مع الوكيل المحجور عليه ، لأن الجهل هنا ليس بعذر ، إذ كان يمكنه التحرى ، والعلم ، وخصوصاً إذا كان الوكيل صبياً أو سفيهاً اشتهر الحجر عليه ، فكان عليه أن يتحرى أعقد المحجور عليه بإذن عام فى التجارة فترجع الحقوق إليه ، أم بتوكيل من مالك خاص فترجع الحقوق إلى الموكل ، وما دام لم يتحر فالجهل تقصير منه ، فلا يكون حجة على غيره ، حتى يسوغ له فسخ العقد بمقتضاه .

٢٠١ — ذكرنا فيما مضى العقود التى تكون الحقوق فيها راجعة إلى الموكل ، وهى العقود التى تضاف إليه . وواضح فيها رجوع الحكم وتوابعه للموكل ؛ لأن العقد مضاف إليه بأحكامه وتوابعها . أما إذا كان العقد مضافاً إلى الوكيل ، فواضح أن الأحكام والتوابع تكون له ؛ لأن الإضافة إليه ، وهى تقتضى أن تكون الأحكام أيضاً مضافة إلى الوكيل ، إذ الإضافة معناها نسبة العقد بكل آثاره إليه . ولكن الفقهاء يقولون إن الحكم يكون للموكل للمعنى الذى ذكرناه آنفاً ويختلفون فى طريقة ثبوت الحكم له مع أن الإضافة لغيره ، وهو الوكيل ، وهو اختلاف نظرى ، ولكنه يعطينا فكرة الفقهاء فى سلطة الوكيل فى العقود التى يضيفها إلى نفسه ، فنذكره لهذا ؛ ولأنه يبين رأى الفقه الإسلامى فى نظرية الشخص المستعار ، فى الفقه الحديث ، أو الأصيل المستور كما يسمى فى الفقه الإنجليزى .

يختلف الفقهاء فى طريقة انتقال الحكم إلى الموكل مع أن ظواهر الأمور كلها تجعل العقد أحكاماً وحقوقاً للوكيل إذا أضيف إليه ، على ثلاث طرق : الأولى طريقة أبى طاهر الدباس ، وهى أن الحكم يثبت للموكل بطريق الخلافة عن الوكيل بمعنى أن الأصل أن يثبت كل شىء للوكيل بمقتضى إضافة

العقد إليه ، ولكن بمقتضى النيابة التي صار له بمقتضاها سلطان في العقد ، يخلف الموكل الوكيل في أحكام العقد ، ويثبت الحكم ابتداء للموكل ، ولنقرب ذلك بمثل نضربه وذلك أن العبد لا يملك ، بل هو وما ملكت يداه لسيده فإذا استولى العبد على شيء مباح يكون الملك ابتداء لسيده بطريق خلافته للعبد في ذلك الملك ، فكذلك إذا اشترى الوكيل ، فإن ملكية المبيع تثبت ابتداء للموكل بطريق أنه يخلف الوكيل في هذه الملكية بمقتضى الوكالة ، فالأصل إذن بمقتضى هذه الطريق أن الملك كان يثبت للوكيل ، ولكنه ثبت ابتداء للموكل بطريق الخلافة عن الوكيل ، ونرى أن الفقهاء بمقتضى هذا التحليل لا يجعلون الحكم يثبت أولا للوكيل ثم ينتقل إلى الموكل ، بل يثبت من أول الأمر للموكل ، كما ثبتت الملكية بمجرد استيلاء العبد على المباح لسيده بطريق الخلافة عنه وأكثر فقهاء الحنفية يأخذون بهذا القول . وقال عنه صاحب الهداية أنه الصحيح ، وبمثل هذا جاء في المغني وذكر أنه مذهب أحمد والشافعي[1] .

الطريقة الثانية طريقة أبي الحسن الكرخي ، وهو يرى أن الملك يثبت أولا للوكيل ثم ينتقل ثانية إلى الموكل بمقتضى إعمال النيابة ، لأن العقد صدر عن الوكيل ، ولم يثبت نسبته إلى الموكل فكان منسوباً بكل أحكامه وتوابعها للوكيل أولا . ثم بعد صدوره يلاحظ أمر خارجي وهو النيابة عن الموكل ، وبمقتضاها يثبت الحكم للموكل ، ويتقرر له ، وقد قال الفقهاء مع ترجيحهم لطريقة أبي طاهر الدباس أن كلام الكرخي هو الأصل ، وهو مقتضى إسناد العقد إلى الوكيل .

الطريقة الثالثة طريقة القاضي أبي زيد ، وقد نقلها عنه الصدر الشهيد فقد قال إن القاضي أبا زيد خالفهما ، وقال : الوكيل نائب في حق الحكم ، أصيل

---

(١) راجع المغني الجزء السادس ص ٢٦٣ .

فى حق الحقوق ؛ فإن الحقوق تثبت له ، ثم تنتقل إلى الموكل من قبله ، فوافق أبا الحسن فى الحقوق ، ووافق أبا طاهر فى الحكم[1] ، والحق أن أبا زيد قد خالف فى هذا ماقرره الاثنان من أن الوكيل ينشىء العقد بعبارته ، وأنه منسوب إليه حكما وحقاً ، ولكن ثبت الحكم ابتداء بخلافة الموكل عند الدباس ، وبغير الخلافة ، بل بالانتقال بعد الثبوت للوكيل عند الكرخى فجاء القاضى أبو زيد وقرر أن الحكم ينسب من أول الأمر للوكيل بطريق النيابة لا بطريق الإصالة ، وإذا كان هو فيه نائباً ، فهو للموكل من أول الأمر بطريق الإصالة . لا بطريق الخلافة ، ولا بطريق الانتقال ، أما الحقوق ، فقد وافقهما فى أنها تثبت للوكيل بما تضمنت الإضافة إليه من كفالة وعهدة .

٢٠٢ — هذه خلاصة أقوال الفقهاء النظرية فى ثبوت الحكم للموكل دون الحقوق فى العقود التى يضيفها إلى نفسه ، والآن نريد أن نختم تولى العقود بمقتضى الوكالة بالتنبيه إلى أمرين :

أحدهما — أن الوكيل فى العقود التى يتولاها بمقتضى الوكالة مقيد بما قيده به الموكل لايسوغ له أن يخالف إرادته ، ولا أن يعقد على شىء غير ماوصفه له ؛ لأنه يستمد الولاية فى العقود التى يعقدها بالوكالة منه ، فإن خالف ، فلا ولاية له على ما عقد بمقتضى هذه الوكالة ، وعلى ذلك إذا خالف الوكيل وعقد عقداً غير مقيد نفسه بما قيده به الموكل ، فإن أمكن جعل العقد له حكما وحقوقاً فهو له ، كأن كان وكيلا بشراء شىء غير معين ولكن مقيد بوصف فاشترى غير هذا الموصوف ، وأضاف العقد إلى نفسه ، فالشراء له ، لأن الحكم لايتجه إلى الموكل فى هذه الحال إذ لا ولاية بمقتضى الوكالة ، فيكون الحكم له كالحقوق من أول الأمر .

---

(١) راجع تكملة فتح القدير الجزء السادس ص ١٩ .

وإن لم يمكن جعل العقد له كأن يكون وكيلا ببيع ، ففي هذه الحال يكون العقد موقوفاً على إجازة الموكل الذي خولفت إرادته ، فإن أجازه نفذ ، وإن لم يجزه بطل .

الأمر الثاني — أن الوكيل لأجل أن تكون عقوده صحيحة يجب أن تستمر أهلية الموكل للأداء قائمة ، حتى ينتهي العقد ، لأن أهلية الموكل ليست شرطاً لإنشاء الوكالة فقط ، بل هي شرط لبقائها أيضاً ؛ إذ الوكيل إذا خرج عن الأهلية سقطت ولايته على العقود ، فتبطل كل ولاية تستمد منها ، وولاية الوكيل مستمدة من ولاية الموكل ، فيجب أن تبقى أهلية هذا لتبقى ولاية ذاك ، وعلى ذلك إذا جن الموكل أو حجر عليه وشمل الحجر التصرف الذي وكل فيه بطلت الوكالة ، وكذلك إذا مات لأن الموت عجز كلي ، فلا أهلية أداء معه قط .

الفضولي

٣٠٣ — الفضولي(١) هو من يتصرف تصرفاً شرعياً ليست له ولاية

---

(١) هذا هو الفضولي شرعاً ، وفي اللغة قيل هو اسم لكل شخص يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي منه كالأجنبي يزوج أو يبيع ، ولم يرد في النسبة إلى الواحد ، وإن كان هو القياس ، لأنه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالأنصاري والاعرابي هكذا في النهاية لابن الأثير . وجاء في فتح القدير : غلب في الاشتغال بما لا عنيه ، وما لا ولاية له فيه ، وهو كما ترى نسبة إلى الفضول على القياس ، لأن الفضول ، والفضل الزيادة . وقد غلبت كلمة الفضول في التعبير عن الزيادة التي لا خير فيها والذي جاء في المغرب : غلبت جمعه على ما لا خير فيه ، حتى قيل :

فضول بلا فضل ، وسن بلا سنا وطول بلا طول ، وعرض بلا عرض

وعلى ذلك تكون نسبة الفضولي إلى الجمع ، لأن زيادة الفضولي الذي يتعرض لما لا يعنيه زيادة لا خير فيها ، ولعل ذلك من أسباب مخالفة القياس بالنسبة إلى الجمع .

عليه كمن يبيع مالا يملك من غير ولاية أو وكالة ، وكمن يشترى لغيره شيئاً لم يوكله فى شرائه ، وليست له عليه ولاية الشراء وكمن يؤجر ملك غيره وهكذا من العقود وسائر التصرفات التى يتصرفها الشخص فى شىء من غير ولاية أو وكالة فيها ، فيعتبر فضولياً فى تصرفه .

والعقد الذى يتولاه الفضولى يكون موقوفاً على إجازة صاحب الشأن إذا كان له مجيز ، كأن يبيع الفضولى عقاراً لشخص رشيد أو لقاصر له أب يرعى شئونه أو يعقد الفضولى نكاح امرأة على رجل قبل أن يرجع إليها ويستأذنها فتلبيه ، ففى كل هذا وأشباهه يكون عقد الفضولى موقوفاً على إجازة ذى الشأن فإن لم يكن للعقد مجيز لم ينعقد أصلا كالخلع عن صغير مميز ، فإن الخلع لا يملكه الصغير ولا يملكه الولى أو الوصى أيضاً ، فلا ينعقد العقد ؛ لأنه لا فائدة من انعقاده مع توقف نفاذ حكمه ؛ إنما التوقف يفيد إذا كان هناك من يملك إجازة العقد ، وإعطاء الفضولى صفة الوكالة ، وإخراجه عن حد الفضول .

واعتبار عقد الفضولى منعقداً موقوفاً بالنسبة لأحكامه على إجازة من له حق الإجازة إن وجد — هذا قول أبى حنيفة ومالك وأحمد فى رواية عنه . وخالف الشافعى وقال إن تصرفات الفضولى لا تنعقد ، بل تصدر باطلة (١) ، وتولد عبارات عقده ميتة ، وثمرة هذا الخلاف تظهر فى حال الإجازة ، فإنه إذا أجاز من له حق الإجازة إجازة معتبرة يعتبر العقد قد وجد بالعبارة التى عقد بها الفضولى ، وتكون الإجازة اللاحقة كالإذن السابق ، ولا حاجة

---

(١) جاء فى المجموع فى تصرف الفضولى مانصه : « إن مذهبنا المشهور بطلانه ، ولا يقف على الإجازة ، وكذلك الوقف والنكاح وسائر العقود ، وبهذا قال أبو ثور وابن المنذر فى أصح الروايتين عنه وقال مالك يقف البيع والشراء والنكاح على الإجازة . فإن أجازه من عقد له صح ، وإلا بطل .

لإنشاء العقد بصيغة جديدة ، وهذا عند من يقول إن العقد منعقد موقوف . أما الشافعي الذي يقول إنه لم ينعقد أصلا ، فالإجازة عنده لاتلحقه ؛ لأن العبارة ولدت ميتة ، والإجازة لاتحييها .

٢٠٤ — ووجهة نظر الشافعي في قوله إن عقد الفضولي باطل غير منعقد أصلا : (١) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لحكيم بن حزام : « لاتبع ماليس عندك »[١] فهذا يدل بمقتضى مافيه من نهي على أن بيع الإنسان مالا يملك لا ينعقد لأنه لا ينعقد صحيحاً تصرف صدر فيه نهي من الشارع الحكيم ؛ إذ النهي يقتضي الفساد ، والفاسد لم ينعقد على مذهب الشافعي كما سنبين .

(٢) وأن أساس الانعقاد الولاية الشرعية على العقد ، فالولاية كالأهلية شرط لصلاحية العبارة لعقد العقود ، ولا ولاية إلا بأن يكون العاقد ذا شأن في العقد ، أو تكون له نيابة عن صاحب الشأن بولاية أو وكالة ؛ وذلك لأن شرط انعقاد العقد أن يكون العاقد قادراً على تمكين العاقد الآخر من كل أحكام العقد بالنسبة له . فإذا لم تكن عنده هذه القدرة الشرعية لم ينعقد عقده ، ويصير كبيع غير مقدور التسليم ، وكبيع الطير في الهواء ، والسمك في الماء ، والوحش في الفلاة ، ولا شك أن الفضولي الذي يتصرف من غير ولاية له ليست عنده القدرة الشرعية التي يستطيع بها تنفيذ أحكام العقد ، فلا ينعقد إذن كما لم ينعقد العقد في الأمثلة التي سقناها .

---

(١) وقصة هذا الحديث ماقاله حكيم بن حزام فقد قال : « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يأتيني الرجل يسألني من البيع ماليس عندي ، أأبتاع له من السوق ، ثم أبيعه منه ، قال لاتبع ماليس عندك » . ولقد ساق المجموع أحاديث أخرى تأييداً لرأي الشافعي منها أنه صلى الله عليه وسلم قال : « لاطلاق إلا فيما تملك ، ولا عتق إلا فيما تملك ، ولا بيع إلا فيما تملك ، ولا وفاء نذر إلا فيما تملك » .

هذه وجهة نظر الشافعى فى قوله ، ووجهة نظر الحنفية والمالكية ، والحنابلة فى بعض الروايات ما يأتى :

(أ) ما روى من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى عروة البارقى ديناراً ليشترى به شاة تكون أضحية فاشترى شاتين بدينار ، وباع إحداهما بدينار ، فجاء إلى النبى صلى الله عليه وسلم بشاة ودينار ، فأقره عليه السلام ودعا له بالبركة فى بيعه ، فكان لو اشترى تراباً ربح فيه ، ولا شك أنه فى بيعه إحدى الشاتين كان فضولياً ، فلو كان هذا البيع لم ينعقد ما أقره النبى عليه السلام وما استحل لنفسه الدينار ، بل لأمره بإعادته لصاحبه ، ورد الشاة ؛ لكنه أقره وأجازه فدل هذا على أن عبارة هذا الفضولى ما كانت من لغو القول ، وما كان عقده باطلا ، وإذن فعبارة الفضولى تنعقد بها التصرفات والعقود ، وذلك هو المطلوب ، وهو النتيجة المقررة عند الحنفية ، ومن ذهبوا مذهبهم .

(ب) أن تصرف الفضولى تصرف صدر عن أهله فى محله ، فيجب القول بانعقاده ، وبيان ذلك أن الحنفية ومن ذهبوا مذهبهم يرون أن انعقاد العقد يكفى فيه أن يكون محله قابلا لحكمه شرعاً ، وأن يكون العاقدان ذوى أهلية للعقد بأن تكون عبارتهما مما ينعقد بها هذا العقد ، ولو لم تكن لأحدهما ولاية على العقد بأن لم يكن له قدرة شرعية عليه ؛ وذلك لأن صحة الانعقاد قوامها صحة التعبير ، والعاقل ولو فضولياً يجب حمل عبارته على معناها ، اعتباراً للأصلح الذى لا ضرر منه على غيره ، وحملا لحال العاقل على الإصلاح ، وفعل الخير ، وفى الحكم بانعقاد عقد الفضولى مصلحة له بعدم إلغاء عبارته ، من غير ضرر يلحق غيره ؛ إذ العقد سيتوقف على إجازته ، وفيه فوق ذلك ، ترجيح لاحتمال المصلحة على عدم احتمالها ، وإن الظاهر من حاله أنه قصد بهذا الفعل منفعة من عقد عنه ، وأنه يغلب أن تكون هناك صلة تربطهما

بجعالته يتبرع له بعقد عقد يراه فى مصلحته ؛ ليوفر له مؤنة البحث والطلب ، ويوصله إلى البدل المطلوب من غير كلفة عليه ، فإن رأى صاحب الشأن أن الحال كذلك أجاز ، وإن لم يجده كما ظن الفضولى أو أساء الظن به لم يجز من غير ضرر يلحقه ؛ وفى الحق أن الحنفية ومن وافقهم اعتبروا الحكم بانعقاد عقد الفضولى من باب التعاون[1] الذى أمر الله به فى قوله تعالى : «وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان» ففرضوا أن الفضولى ما عقد إلا لمصلحة أخيه ، وسارع من غير إذنه الصريح خشية أن تفوته ، فاعتبروا عقده منعقداً ؛ إذ لا ضرر فى ذلك ، وهناك ضرر محقق فى عدم اعتباره منعقداً ؛ لأنه اعتبار كلام العاقل لغواً كـكلام المجنون ، وذلك ضرر معنوى يلحقه من غير مصلحة لغيره ، وهناك أيضاً احتمال ضرر بصاحب الشأن ؛ لأنه عسى أن يكون فيه منفعة ويخشى الفوت ، فإن اعتبرنا

---

(١) مما يدل على أن قول الحنفية بانعقاد عقد الفضولى يقوم على أساس التعاون بين الناس ماجاء فى البدائع والزيلعى فى كتاب البيع ، وما جاء فى فتح القدير فى البيع أيضاً ولننقل ماجاء فى هذا الأخير مع طوله متصرفين بعض التصرف ، فقد قال رحمه الله فى رد حجة الشافعى بأنه لاقدرة شرعية للفضولى : « قولك لاانعقاد إلا بالقدرة الشرعية إن أردت الانعقاد على وجه النفاذ سلمناه ولا يضر ، وإن أردت لا انعقاد على وجه التوقف إلى أن يرى المالك مصلحته فى الإجازة فيجيز فعله أو عدمه فيبطله ــ فذلك ممنوع ، ولا دليل عليه ، بل الدليل دل على ثبوت الانعقاد ، لتحقق المصلحة لـكل من العاقد الفضولى والمالك والمشترى من الفضولى من غير ضرر ولا مانع شرعى . أما تحقق ما ذكرنا فان المالك يـكفى مئونة طلب المشترى ووفور الثمن ونفاق سلعته وراحته منها ووصوله إلى البدل المحبوب . ويكفى المشترى وصوله إلى حاجة نفسه بالاستيلاء على المبيع ، والفضولى بصون كلامه عن الإلغاء والإهدار ، بل يحصل له الثواب إذا نوى الخير لله تعالى وإعانة أخيه والرفق به . ولما كان هذا التصرف خيراً لـكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الإذن فى هذا العقد ثابتاً دلالة ، إذ كل عاقل يأذن فى التصرف النافع له بلا ضرر يشينه أصلا ... لايقال فإذا ثبت الإذن دلالة ينبغى أن ينفذ العقد ، لأنا نقول الثابت دلالة ما لا ضرر فيه ، وذلك هو الانعقاد موقوفا على رأى المالك ، فيثبت بهذا القدر ، فأما نفاذه بلا رأيه ففيه اضرار به ، إذ ربما لايريد بيعه فيثبت الضرر اﻫ بتصرف من فتح القدير الجزء الخامس ص ٣١٠ .

العقد غير منعقد احتاج ذو الشأن إن رأى المصلحة فيه إلى إنشاء عقد من جديد ، وقد يجوز ألا يستطيع ذلك لذهاب العاقد أو لعقده مع غيره ، وذلك بلا ريب ضرر محتمل من غير احتمال نفع ؛ فكان إذن من المصلحة التي لا ضرر فيها اعتبار عقد الفضولي منعقداً ، وتوقفه على إجازة صاحب الشأن .

٣٠٥ — هذه أدلة الفريقين ، وبعد هذا نختم القول ببيان إجازة صاحب الشأن تصرف الفضولي . لقد قال الفقهاء الذين قرروا أن تصرفه منعقد ، إن إجازة تصرفه تجعله كالوكيل ، فيعتبر للتصرف كأنه صدر عن وكيل وقت صدوره ويصير للفضولي كل أحكام الوكيل ، فتتعلق به الحقوق إن كان العقد مما تتعلق حقوقه بالوكيل ، وتتعلق الحقوق بالموكل إذا كان العقد لا تتعلق فيه الحقوق بالموكل ، كالهبة والنكاح . ولأن الإجازة تجعل الفضولي وكيلا ، له كل ولاية الوكيل في العقد الذي تولاه — قال الفقهاء إن الإجازة اللاحقة تكون كالإذن السابق . ولكن لأن الإجازة من شأنها أن تقلب التصرف من تصرف موقوف إلى تصرف نافذ ، وتنقل الفضولي من وصف الفضول إلى وصف الوكيل ، قالوا أيضاً إن للاجازة حكم إنشاء العقد .

ولذلك اشترطوا لصحة الإجازة أن يكون الفضولي حياً ذا أهلية ولو قاصرة[١] ، لأن الإجازة تنقله إلى صفة الوكيل ولا يصلح للوكالة إلا من كان حياً غير فاقد الأهلية ، واشترطوا وجود العاقد الآخر ؛ لأن أحكام العقد تنفذ بالنسبة له بعد أن كانت موقوفة ، فاحتاجت الإجازة إلى وجوده ليكون ثمة من ينفذ في شأنه الحكم الذي لم ينفذ قبلها ، واشترطوا أيضاً وجود المعقود عليه ، ليكون قابلا لحكمه الذي ينفذ بعد أن لم يكن .

---

(١) يجب أن يلاحظ أنهم لا يشترطون وجود الفضولي حياً عند إجازة النكاح الذي عقده ، لأن الإجازة لا ترفعه إلى مرتبة الوكيل الذي ترجع الحقوق اليه ، بل ترفعه إلى مرتبة السفير والمعبر ، والتعبير قد تم عند صدور عبارة الفضولي .

ويلاحظ أن العقد قبل الإجازة غير لازم ؛ فللفضولي أن يفسخه ، وللعاقد الآخر أيضاً أن يفسخه ، أما العاقد الثاني فلأن العقد بالنسبة له كأنه لم يتم ، إذ قد صدر عنه أحد شطري الالتزام ، أما الشطر الثاني فلم يتقرر ولم يثبت ، فيجوز أن يستمر ، ويعطى قوة الركن بالإجازة ، ويجوز ألا يعطى قوة الركن بالرفض ، وكذلك للفضولي أن يفسخ العقد إذا كانت حقوقه ترجع إليه بالإجازة كعقد البيع والإجارة ، وكان ذلك له منعاً لحقوق العقد التي تلزمه به بالإجازة ، إذ ستنتقل صفته إلى صفة وكيل ترجع حقوق العقد إليه . أما إذا كان ماعقده الفضولي من العقود التي لا ترجع فيها الحقوق إليه على فرض أنه وكيل ، لأن الوكيل فيها سفير ومعبر كعقد النكاح فليس للفضولي قبل الإجازة أن يفسخ العقد ، وذلك لأنه معبر محض أي كناقل عبارة فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك ، فتصير الحقوق منوطة به ، لا بالفضولي فلا يلحقه بالإجازة ضرر تعلق الحقوق به .

٢٠٦ — وحكم عقد الفضولي في القوانين الحديثة يتقارب من حكم عقده في الشريعة الإسلامية على مقتضى مذهب أبي حنيفة ومن أخذ به ، فهو موقوف على إجازة صاحب الشأن ، فإن أجاز نفذ ، وإن لم يجز بطل ، ويسمون هذا النوع من العقود الذي يصح بالإجازة العقود الباطلة بطلاناً نسبياً ، ولقد ذكرت المادة ٢٦٤ حكم بيع الفضولي ، وهذا نصها :

« بيع الشيء المعين الذي لا يملكه البائع باطل ، إنما يصح إذا أجازه المالك الحقيقي » فالقانون يعتبر بيع الشخص مالا يملك باطلا ، ولكن ليس معنى ذلك صدور العبارة ميتة غير قابلة للحياة ، بل معناه أنه يتوقف في وجوده وجوداً له أثر قانوني على إجازة صاحب الشأن ، وذلك موافق للشريعة إلى حد كبير .

وإن فقهاء القانون ينظر إلى تصرفات الفضولى بعطف ، ويفرضون فيه فيه حسن النية ولذا يكون فى مرتبة تقارب مرتبة الوكيل فى التصرفات النافعة، ويعللون ذلك بما علل به الفقهاء وهو التعاون بين الناس ، وفرض أنه صديق ولى أراد نفع صاحبه ، لا فرض أنه عدو أراده إيذاءه[1] .

(١) جاء فى كتاب الإرادة فى العمل القانونى فى تصرف الفضولى ما معناه : « إن من المقرر اجتماعياً أن يتعاون الناس على العمل للمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة ، وإن المصلحة الخاصة إن اتسع شمولها تحولت إلى مصلحة عامة . وعلى ضوء هذا ينظر إلى تصرف الفضولى ، ويكون أساس التقدير فيه : إذا لم يكن الفضولى أكان من الممكن أن يفعل رب المال فى ماله ما فعله الفضولى أم لا ، هبنى أملك منزلا ، وكنت على سفر طويل ، فجاء أحد الناس ليستأجره أو ليبتاعه أيكون من المصلحة أن يتولى الصديق إجارته أو بيعه بطريق الفضول ، أم يترك الفرصة وقد سنحت ، وهبنى كنت مقيما إذ حضر الطالب أكنت أجيب أم أرفض؟ إن الفضولى يجب أن ينظر إلى تصرفاته على هذا الأساس » راجع ص ٩ ٣ وأنت ترى أن هذه نظرة الشريعة على مقتضى المذاهب الثلاثة ، ولذلك جعلت تصرفه موقوفاً .

تولى العاقد الواحد صيغة العقد عن الجانبين

٢٠٧ — ذكرنا فيما مضى أن الشخص قد يتولى إنشاء التصرفات التى تنشأ عنها التزامات بإرادة منفردة ، أما العقود التى لا تتم إلا بتوافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول ، فإن الأصل فيها أن يتعدد العاقد ، ليتحقق وجود الإرادتين ، والربط بين الكلامين ، ولأن الأصل أن الشخص الواحد ليس له قدرة شرعية إلا فى شطر العقد الذى يتكون بشطرين ، وفى اعتبار العقد منعقداً بعبارته تحميل لها قوة الشطرين ، وإعطاء الجزء حكم الكل . بيد أن النيابة قد ساغت فى العقود ، فجاز أن يتولى شخص العقد بالنيابة عن غيره ، سواء أكانت تلك النيابة منشؤها الولاية الشرعية على فاقدى وقاصرى الأهلية ، أم كان منشؤها وكالة اتفاقية . ويجوز فى هذه الحال أن يكون الشخص وكيلا عن عاقدين يريدان أن ينشئا عقداً بينهما ، أو ولياً على شخصين ، ويرى من المصلحة أن يعقد بينهما عقد زواج أو بيع أو نحوهما ، أو وكيلا من جانب وولياً من جانب ، ففى هذه الحالة تكون عبارته طاوية فى ثناياها معنى عبارتين بلا ريب ، فهل الشارع الإسلامى يقر عقداً ينشأ بهذه الصفة ويعطيه أحكامه وآثاره التى تثبت لنوعه ؟

٢٠٨ — لقد أجاز فقهاء الحنفية أن يتولى شخص واحد طرفى العقد فى النكاح ؛ فيجوز أن يكون العاقد واحداً ينشأ بعبارته منفردة عقد النكاح ، وتنعقد به عقدته ، فتثبت آثارها كلها به ، وذلك يكون إذا كانت له ولاية العقد من الجانبين ، بأن كان أصيلا من جانب ووكيلا أو ولياً من جانب آخر أو وكيلا عن الجانبين ، أو ولياً على الجانبين كجد يزوج إحدى حفيداته من أحد أحفاده إذا لم يكونا أخوين وكانا يتيمين أو وكيلا من جانب وولياً من جانب . ففى كل هذه الصور أجازوا للشخص الواحد أن يعقد العقد بعبارته

وتكون قائمة مقام عبارتين ، ولكن خالف فى ذلك زفر والشافعى رضى الله عنهما ، وحجتهما فى ذلك أن عقد النكاح يفيد نوعاً من التمليك ، ولا يتصور أن عاقداً واحداً يكون مملكا ، وقابلا للتمليك معاً ، إذ التمليك نسبة تقتضى طرفين ، بل كل عقد لا يتم إلا بإرادتين يقتضى طرفين قابلا وموجباً ، ولا يعقل أن يقوم شخص بالصفتين ، لأن كل واحدة تقابل الأخرى ، ولا تجتمع معها ، هذا ومن جهة أخرى فالنكاح يشبه البيع ، وكما أن البيع لا يتولاه العاقد الواحد عن الطرفين كذلك النكاح[1] .

واستدل للحنفية بما يأتى :

(١) قوله تعالى : « ويستفتونك فى يتامى النساء اللاتى لا تؤتونهن ما كتب لهن ، وترغبون أن تنكحوهن » فقد نزلت هذه الآية فى يتيمة فى حجر وليها ، وهى ذات مال ، ووجه الاستدلال بها أن قوله تعالى : « لا تؤتوهن ما كتب لهن ، وترغبون أن تنكحوهن » خرج مخرج العتاب على عدم إعطائهن ما كتب الله لهن عند الرغبة فى نكاحهن ، وذلك العتاب لا يكون له محل إلا إذا أمكن تحقيق رغبة ولى اليتيمة فى نكاحها مع عدم إعطائها ما كتب لها بسبب ذلك النكاح ؛ وإنما يكون ذلك إذا كان للأولياء أن يزوجوهن من أنفسهم ؛ لأن النكاح لا ينعقد نافذاً من اليتيمة ، بل نكاحها إلى وليها ، فإذا كان لنفسه تولى من الجانبين ، فالعتب لا موضع له إلا إذا أجيز أن ينكحها الوالى نفسه بعبارته ، وتقوم مقام الاثنين ، وهذا دليل

---

(١) القياس صحيح فى نظر الشافعى ، لأنه رضى الله عنه يرى أن حقوق العقد فى البيع والشراء ونحوهما لا ترجع إلى الوكيل ، بل ترجع إلى الموكل . وإذا كان لا فرق بينهما فى إرجاع الحقوق ، فقد سوى بينهما فى هذا أيضاً ، وإن كنا نرى أن التسوية كانت تقتضى أن البيع يكون كالنكاح فى أن كليهما يصح أن يعقده طرف واحد .

على أن صاحب هـذه الشريعة يجيز أن يعقد العاقد الواحد النكاح نائباً عن الطرفين .

(٢) ما رواه البخارى من أن عبد الرحمن بن عوف قال لأم حكيم : أتجعلين أمرك إلى ؟ قالت نعم . قال تزوجتك ، فعقد بلفظ واحد . وعن عقبة بن عامر أنه قال عليه الصلاة والسلام لرجل : أترضى أن أزوجك فلانة . قال نعم . و قال للمرأة أترضين أن أزوجك فلاناً قالت نعم ، فزوج أحدهما من صاحبه ، وكان ممن شهد الحديبية روى هذا الحديث أبو داود[1] .

(٣) أن النائب فى باب النكاح ليس بعاقد عقده بوصف كونه نائباً على أن ترجع الحقوق إليه ، بل الحقوق والأحكام تضاف إلى من يعقد عنه، سواء أكانت تلك النيابة بولاية شرعية أم بوكالة اتفاقية ، بل هو كما يقول الفقهاء ، سفير عن العاقد ، ومعبر عنه ، وإذا كان معبراً عنه صارت عبارته كعبارة من يتكلم عنه ، فصار كلام العاقد الواحد الذى يتولى عن الجانبين ككلام شخصين وعبارته الواحدة تطوى فى معناها عبارتين ، إذن تطوى فى مضمونها إيجاباً عن أحدهما ، وقبولا عن الثانى ، فكأن المرأة قالت على لسانه زوجت نفسى ، والرجل قال على لسانه أيضاً قبلت زواجها .

وهذا المعنى لا يتأتى فى البيع وأشباهه من العقود التى ترجع فيها الحقوق إلى الوكيل ، ويصح أن تضاف صيغة العقد إليه ، ولذا لا يتولاها العاقد الواحد عن الجانبين[2] .

( ) راجع الزيلعى الجزء الثانى ص ١٣٢ .

(٢) راجع فى هذا الدليل البدائع الجزء الثانى ص ٢٣٢ . والزيلعى الجزء الثانى ص ١٣٢ والهداية وفتح القدير الجزء الثانى ص ٤٢٦ ، ومقتضى هذا التعليل أن كل عقد تكون حقوقه راجعة إلى الموكل ولا ترجع إلى الوكيل ، يصح أن يعقده عاقد واحد عن الجانبين ، وهذا يشمل النكاح وكل العقود التى لا تتم إلا بالقبض ، كالهبة والرهن وغيرهما .

٢٠٩ — ما سبق كله إذا كان العاقد الذى تولى عن الجانبين له ولاية العقد من الجانبين بألا يكون فضولياً عن أحدهما ، ولا ينعقد العقد بعاقد واحد يكون ذا ولاية عن أحدهما وفضولياً بالنسبة الآخر ، فإذا كان وكيلا أو أصيلا أوولياً بالنسبة لأحد العاقدين ، وفضولياً بالنسبة للآخر ، لا ينعقد عقده عنهما ، وبالأولى إذا كان فضولياً من الجانبين، وهذا هومذهب أبى حنيفة ومحمد ، وأما مذهب أبى يوسف ، فهو جواز عقده عن الطرفين ، ويكون موقوفاً على إجازة صاحب الشأن الذى كان العاقد فضولياً بالنسبة له أو على الطرفين إذا كان فضولياً بالنسبة لها . وحجة أبى يوسف فى ذلك أن عبارة العاقد ولو كان فضولياً بالنسبة للطرفين أو لأحدهما ، قائمة مقام عبارتين ، وهى تعبر عن شخصين ، فيجب أن ينعقد العقد موقوفاً ؛ وذلك لأن أثر الفضول بالنسبة لأحد العاقدين فى نفاذ العقد ؛ لا فى انعقاده ، لينعقد العقد بعبارة العاقد الواحد قائمة مقام الكلامين ، ويتوقف النفاذ على إجازة العاقد الذى لم يأذن . هذا والنكاح يشبه الخلع ، فيجوز فيه ما يجوز فى هذا ؟ ويجوز أن يقول الزوج بغير إذن زوجه خالعت امرأتى على كذا ، وهى غائبة ، فإذا بلغها وأجازت نفذ الخلع عليها ، مع أنه كان فضولياً بالنسبة لها ، فدل ذلك على انعقاد الخلع بتولى واحد العقد ، ولو كان فضولياً بالنسبة لأحد الطرفين ، فالنكاح مثله ، فيثبت له ما ثبت لهذا ، وينعقد بعبارة واحدة ، ولو كان صاحبها فضولياً .

هذه حجة أبى يوسف ، وحجة الطرفين (أبى حنيفة ومحمد) أن الأصل فى العقد ألا ينعقد إلا بعبارتين من شخصين ، ما دام لا ينعقد إلا بتوافق إرادتين ، ولكن تقوم عبارة الشخص الواحد مقام العبارتين إذا كان هناك ما يدل على أنها قائمة مقام عبارتين ، وذلك بإقامة الطرف الغائب هذا الشخص مقامه أو بولاية شرعية تجعل لعبارته تلك الدلالة ، فما لم يوجد ما يدل على

ذلك فالعبارة الصادرة ليست إلا شطراً للعقد ، أى ليست إلا إيجابا فقط ، والإيجاب لا ينعقد به عقد يتولاه طرفان ، بل يبطل بمجرد تفرق المجلس ، فلا يكون العقد موقوفاً على إجازة أحد ، وعلى ذلك إذا كان العاقد الواحد فضولياً بالنسبة لأحد الطرفين لا ينعقد عقده أصلا لا موقوفاً ولا نافذاً ، لأن عبارته أحد شطرى العقد أى الإيجاب ، إذ لا يصح أن تقوم مقام عبارتين لعدم إذن العاقد الثانى له ، حتى تقوم عبارته مقام عبارتين ، ولا يقاس النكاح على الخلع إذا تولاه الرجل فى غيبتها من غير إذنها ، لأن الخلع بالنسبة للرجل يمين ، فكأنه إذا خالع فى غيبتها بغير إذنها قد علق طلاقها على قبولها بدل الخلع ، ففى أى وقت تقبل يقع الطلاق لحصول الشىء المعلق عليه والطلاق يقبل التعليق بإجماع الفقهاء أصحاب المذاهب الأربعة .

٢١٠ — ماتقدم كله فى تولى العاقد الواحد عقد النكاح بالنيابة عن الطرفين ، ولننتقل الآن إلى عقود المبادلة كالبيع والشراء والإجارة والمزارعة والمساقاة وغير ذلك من الحقوق التى ترجع فيها الحقوق إلى الموكل عندما يتولاها العاقد بمقتضى الوكالة ، وهذه العقود الأصل فيها أنه لا بد من تعدد العاقد ، فلا يصح لشخص أن يعقد عقد بيع بين شخصين ، وتقوم عبارته مقام عبارتهما . ووجهه أن العاقد فى البيع وما يشبهه ترجع الحقوق إليه ، سواء أكان يعقد بالإصالة أم بالنيابة فعليه تسليم المبيع وله قبض الثمن وغير ذلك من الحقوق ، وهذه حقوق متقابلة فحق تسليم المبيع يقتضى متسلماً ، وحق قبض الثمن يقتضى مسلماً ، والشخص لا يتعلق به حقان متقابلان فى زمان واحد . لأن ذلك يؤدى إلى أن يكون الشخص الواحد فى زمان واحد مسلماً ومتسلماً ، طالباً ومطالباً ، وهذا محال ، ولذلك لم يجز أن يكون الشخص الواحد وكيلا من الجانبين فى البيع وأشباهه ، ويصلح رسولا من الجانبين ، لأن الرسول لا تلزمه الحقوق ، فلا يؤدى عمله إلى مناقضة للمعقول ، وكذلك القاضى يتولى العقد من الجانبين ، لأن الحقوق لا ترجع إليه .

وقد استثنوا من البيع صورة يصح فيها العقد من الجانبين ، وهى شراء الأب مال ولده لنفسه ، وبيع ماله من ولده ، فإنه فى هذه الصورة يجوز للأب التصرف ، ويتولى الصيغة عن نفسه وولده القاصر . وبهذا قال أحمد بن حنبل والشافعى ، ومالك والأوزاعى ، وجعلوا الجد كالأب ماعدا ابن حنبل ، وخالف زفر ، وقال لا يجوز ، وهو الأصل ، والقياس على ما بينا ، وأما ماقاله الأئمة فهو الاستحسان ، ووجهه أن الأب والجد لوفور شفقتهما ، وكمال رعايتهما لموليهما تجوز تصرفاتهما عليه ، وربما كان فى البيع له أو الشراء منه مصلحة وإيثار له ، وهذا الفرض هو الذى يتفق مع كمال الرعاية ووفور الشفقة ، فجاز تصرفهما معه ؛ للضرورة الدافعة ، وعدم موضع التهمة(١) .

هذا بالنسبة للأب والجد ، أما بالنسبة للوصى ، فقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف أيضاً بجواز بيعه للموصى عليه وشرائه منه إذا كان فيه نفع ظاهر ، ولا يجوز بالإجماع إذا لم يكن فيه نفع ظاهر ، وذلك لأنه لقصور شفقته لم يلحق بالأب أو الجد ، ولكن إن كان فيه نفع ظاهر يملكه بالنص وهو قوله تعالى : « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن » ولا شك أن التصرف الذى فيه نفع ظاهر هو قربان لمال اليتيم بالتى هى أحسن ، فجاز بنص القرآن .

والنفع الظاهر فسره بعضهم بأنه فى العقار أن يشتريه من الصغير بضعف قيمته ، ويبيعه بنصف القيمة ، وفى المنقول أن يشتريه بثمن يزيد عن قيمته بمقدار نصفها ، ويبيعه بثمن يقل عن قيمته بمقدار ثلثها ، فيشترى ما قيمته عشرة بخمسة عشر ، ويبيعه ماقيمته خمسة عشر بعشرة ، وفسر بعضهم النفع الظاهر بالتصرف الواضح المنفعة لليتيم من غير تقيد بمقادير ، فقد تكون المنفعة ظاهرة ، وإن كانت بمثل القيمة ، كأن يكون الشىء المشترى كثير الغلات

---

(١) راجع البدائع الجزء الخامس ص ١٣٦ والمغنى الخامس ص ٢٤٢ .

بنسبة أعلى من الغلات التى تنال الصغير من ثمنه(١) .

هذا رأى الشيخين فى بيع الوصى المختار من الأب أو الجد فى البيع والشراء من اليتيم ، وقال محمد لا يجوز للوصى ذلك مطلقاً ، سواء أكان فيه نفع ظاهر أم لم يكن ؛ لأن القياس يأبى ذلك ، وكان الاستحسان بالنسبة للأب والجد ، لوفور شفقتهما ، وذلك ليس فى الوصى ، فيعمل بالقياس حيث لا وجه للاستحسان.

هذا الخلاف يجرى فى الوصى المختار من الأب أو الجد ، أما الوصى المعين من القاضى(٢) فلا يجوز له أن يشترى مال اليتيم لنفسه ، ولا أن يبيع ماله لليتيم بمقتضى وصايته ؛ وذلك لأن القاضى لا يجوز له ذلك ، إذ فعله حكم ، وحكم القاضى لنفسه لا يجوز ، والوصى من قبله كالوكيل عنه ، فيملك ما يملكه ، وبما أن القاضى لا يملك ذلك ، فلا يملكه من هو كالوكيل عنه ، لأنه يستمد القدرة الشرعية منه .

٢١١ — مما تقدم يستفاد أن الشريعة الإسلامية الأصل فيها ألا يتولى الواحد إنشاء العقد قائماً مقام العاقدين ، ولكن اعتبار المصالح ، وملاحظة بعض القواعد جعلاها تقر عقد العاقد الواحد قائماً مقام العاقدين على أن ذلك على سبيل الاستثناء والاستحسان ، لا الأصل والقياس . وعلى مثل هذا سارت الشريعة الإنجليزية والقانون الألمانى والمشروع اللاتينى(٣) ، وهناك شرائع أخرى حديثة أباحت تولى العاقد الواحد عن اثنين ، ولم تمنعه كما فى سويسرا وفرنسا وإيطاليا وبلجيكا ومصر ، ولكن لا توجد شريعة أطلقت التحريم أو المنع ، فالشرائع التى حرمت أجازت فى أحوال معينة على سبيل الاستثناء ، والشرائع التى أجازت منعت فى أحوال استثنتها ، ولقد توسع كلا الفريقين فى الاستثناء ، فتقاربت الشرائع المانعة والشرائع المجيزة(٤) .

---

(١) راجع رسالة العقود والشروط لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد ابراهيم بك .
(٢) وهو المجلس الحسبى الآن . راجع رسالة العقود والشروط المذكورة آنفاً .
(٣) هو مشروع قانون لفرنسا وإيطاليا أعدته لجنة من الدولتين .
(٤) راجع نظرية العقد للأستاذ الكبير الدكتور السنهورى بك .

أوصاف العقد

٢١٢ — نقصد بوصف العقد الاسم الشرعي له الذي يكون إطلاقه على العقد نتيجة لإقرار الشارع له أو عدم إقراره ، وفى حال الإقرار تترتب الأحكام وتثبت الآثار ، وفى حال عدم الإقرار لا تترتب الأحكام ، ولا تثبت آثار العقد .

وقد اختلف الفقهاء فى هذا المقام ، وانقسموا فريقين أحدهما فريق أبى حنيفة وأصحابه ، والثانى بقية الفقهاء ، فالحنفية يقسمون العقود من حيث إقرار الشارع لها وعدم إقراره إلى ثلاثة أقسام : صحيح ، وفاسد ، وباطل ، والجمهور يقسمون العقود إلى قسمين فقط صحيح وباطل (أو فاسد) فكلمة الفاسد وكلمة الباطل مترادفتان عند الجمهور ، متباينتان عند الحنفية . وقد اتفق الفقهاء على أن معنى العقد الصحيح ما أقره الشارع ورتب آثاره عليه (على حسب قوة إنشائه) بأن تكون أركانه سالمة لاخلل فيها ، وكذلك أوصافه ، ولم يرد أى منع له من الشارع الحكيم . وهذا المعنى متفق على أنه المراد بالعقد الصحيح ؛ ولكن موضع الخلاف هو فى مقابل العقد الصحيح فالجمهور يقولون إن كل مقابل للعقد الصحيح باطل غير منعقد ؛ سواء أكان الخلل فى أركانه ، أم كان الخلل فى أوصافه . بأن كان فى أوصافه ما هو محل منع من الشارع ، كالبيع بآجال غير معروفة ، وقال الحنفية إن الخلل إن كان فى الأركان ، وهى العاقدان ، ومحل العقد فالعقد باطل أى غير منعقد ؛ وإن كان الخلل فى غير الأصل أى غير الأركان ، فالعقد منعقد ، ولكن لايرتب الشارع على نفس العقد أحكاماً ، بل يرتبها على تنفيذ العاقدين له مخالفين أمر الشارع .

٢١٣ — ومحور الخلاف فى هذه المسألة يعتمد على قطبين هما محله وموضعه :

أولها — هل منع الشارع العاقد من العقد يقتضى عدم وجوده شرعاً؟ إذ لا يعترف الشارع له بوجود. ثانيهما — هل المنع لوصف من الأوصاف يلتحق بالمنع الوارد على الأصل والأركان؟ فيكون حكم الاثنين واحداً.

ومن أجل أن نبين الموضوع بجلاء يجب أن نتكلم فى هذين العنصرين بكلمة موجزة.

أما الأصل الأول فقد اختلفوا فيه، فجمهورهم يرى أن الشارع إذا نهى عن تصرف شرعى، ومنع إجازته، فوجوده مع ذلك النهى غير معترف به من الشارع أى أنه يكون غير موجود فى نظره. وذلك: (١) لأن قيام الشخص به مع النهى عنه عصيان لأمر الشارع، وكيف يعترف، ويرتب آثاراً شرعية على فعل قد كان حدوثه جريمة فى نظره وعصياناً. (٢) ولأن النهى لا يرد من الشارع على تصرف شرعى، إلا لبيان أن ذلك التصرف قد خرج عن اعتباره وشرعيته، وليس ذلك إلا حكماً من الشارع ببطلانه (٣) ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال: «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد، ومن أدخل فى ديننا ما ليس منه فهو رد» ولا شك أن وقوع الأمر الذى حكم الشارع بمنعه لم يجىء على أمره وعلى مقتضى اعتباره فهو رد، ومعنى رده ألا يعترف له بوجود وآثار، فهو باطل فى نظره (٤) ولأن سلف هذه الأمة قد أجمع على الاستدلال بعدم العقود المنهى عنها، فحكموا بعدم اعتبار العقود المشتملة على الربا، للنهى عن الربا. واحتج ابن عمر رضى الله عنه فى بطلان نكاح المشركات بقوله تعالى: «ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن».

هذا موجز لحجج الجمهور فى استدلالهم بالمنع من التصرف الشرعى، على بطلانه إذا حصل مع هذا المنع، ويترتب على قولهم هذا أن كل العقود الممنوعة (سواء أكان المنع لخلل فى ركنها وأصلها أم لعيب لحق وصفها) باطلة

أو فاسدة وهي في حكم العدم من غير تفرقة بين العيب في الأصل أو العيب في الوصف .

ويرى الحنفية أن المنع إن كان لعيب في ذات التصرف الشرعي كان هذا سبيلا للبطلان إن قام بالممنوع ، وإلا فإن كان لوصف ملازم كان سبيلا إلى البطلان في العبادات ، والأنكحة على التحقيق ، ولا يكون سبيلا إلى البطلان في سائر المعاملات ؛ ووجهة نظرهم في ذلك أن وجود التصرف الشرعي يتم بوجود أركانه سالمة من الخلل، فإذا كان النهي من الشارع قد ورد لأمر خارج عن الأركان ، فلا يمنع ذلك وجود الأركان سالمة ، وعلى ذلك يعتبر التصرف موجوداً بوجودها مع المنع ؛ ولا مانع من الجميع بين النهي والوجود ؛ لأن أثر النهي الإثم ، وجواز فسخ التصرف ، ووجوب التخلص منه ، ولذلك لا يتعارض مع وجوده ، بل إن ذلك لا يكون إلا مع الوجود ، فالحكم بالوجود المطلق من الشارع لا يتنافى إذن مع نهيه بل يتلاقى معه ، ولا يعترض بأن اعتبار الشارع له موجودا حكم بمشروعيته ، لأن المشروعية تقتضي إقرار الشارع وتثبيته وإعانة العاقدين على تنفيذه ، ولا أحد يقول هذا ، بل إنا نقول إنه موجود وله بعض الأحكام ، ولكن الشارع يوجب الفسخ ، ويرتب الإثم ، كما أن الحكم بوجوده مع النهي عنه لا يقتضي عدم رده ؛ لأنا نقرر أن الالتزام به مردود ، وهو واجب الفسخ ، فلا يلزم أحد العاقدين بموجبه ، ولا تترتب الأحكام فيه بذات التصرف ، بل بأمر آخر اقترن به .

وإن التوفيق بين الوجود والمنع ممكن في المعاملات ، فصح فيها وجودها مقترنة بالنهي . أما العبادات فلأنها قربات خالصة ، ويقرها الشارع موجودة إذا وجدت فيها نية القرابة ، ولا يتصور وجود نية القربة مجتمعة مع نية العصيان ، فإذا نهي عن صلاة الحائض ، فإذا صلت عاصية ذلك النهي

لا يتصور اجتماع نية الطاعة مع نية العصيان فى فعل واحد ، لذلك كانت العبادات لا يتصور وجودها وجوداً شرعياً مقترنة بنهى عنها ملازم لها .

ولقد ترتب إذن على قول الحنفية أن المنهى إذا كان لوصف لا يترتب عليه بطلان التصرف أن فرض الحنفية قسما ثالثاً بين الصحة والبطلان وهو الفساد ، وذلك إذا كان التصرف مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه ، بأن اقترن به وصف ملازم نهى عنه الشارع[1] .

٢١٤ — هذا هو الأصل الأول . أما الأصل الثانى وهو ورود المنع على الوصف وسريانه إلى الأصل فالخلاف فيه مماثل للخلاف فى الأصل الأول ، فالفقهاء الذين قالوا إن النهى إذا ورد لوصف ملازم يبطل التصرف قالوا إن المنع إن ورد على الوصف فقد ورد على الأصل ، والذين قالوا إن المنع إن ورد على الوصف ، فالأصل له وجود شرعى إن أوجده المكلف قالوا إن المنع لا يرد على الأصل إلا بمقدار قيام الوصف به ، فإذا زال عنه الوصف الممنوع فقد صار الأصل مشروعاً تترتب عليه كل آثاره الشرعية .

وقد احتج أبو حنيفة وأصحابه فى التفرقة بين المنع الوارد على الأصل والمنع الوارد على الوصف بأن المنع إذا كان فى نفس الماهية وهى الأركان عرا الخلل هذه الماهية ، فلا يكون لها وجود فى نظر الشارع ، كمنع بيع الخنزير والميتة ، ومنع تصرفات فاقد الأهلية أو ناقصها الضارة به ضرراً محضاً ، فإذا حصل تصرف مع هذا المنع كان باطلا ، لعدم تحقق الماهية . وبيان ذلك أن أركان كل عقد هى عاقدان ومحل للعقد ، فتى وجدت هذه الأركان سالمة عن النهى فقد وجدت الماهية ، وتصير معتبرة شرعاً سالمة عن النهى (ولو تعلق

---

(١) راجع هذا الخلاف فى المستصفى الجزء الثانى ص ٣١ وفخر الإسلام الجزء الأول ص ٢٦٦ وما يليها والأزميرى الجزء الأول ص ٣٢٠ والتحرير الجزء الأول ص ٣٢٩ .

النهى بوصف ملازم لها ، كالثمن فى البيع ، والربا فيه) ، وإذا اختل ركن من هذه الأركان بأن كان العاقد ممنوعاً من العقد ، أو كان المحل غير قابل لحكم العقد . كبيع الخنزير والخمر فالعقد باطل . لأن المنع لحق الأركان ، فيبطل الانعقاد . وإذا وجدت هذه الأركان ، ولكن وجد منع لوصف مقترن بالعقد كالبيع بشرط أن ينتفع البائع مدة من الزمن ، وهذا شرط ممنوع عند الحنفية ، أو باع بيعاً فيه ربا . ونحو ذلك من العقود التى تتحقق فيها الأركان ، ولكن يقترن بها وصف ملازم منعه الشارع ، ففى هذه الحال تكون حقيقة التصرف قد وجدت سليمة خالية من الخلل . ولكن الخلل قد لحق الوصف ، فينعقد العقد ، ولا يسرى إليه المنع الوارد فى الوصف إلا بمقدار اقترانه به وملازمته له فيكون العقد منعقداً ، ولكن يجب فسخه ما دام ذلك الوصف مقترناً ، فإذا زايله ذلك الوصف الفاسد زال عنه الخلل .

ويؤيد مذهب أبى حنيفة أيضاً أننا لو قلنا إن كل فساد فى الوصف يسرى إلى الماهية والأركان ، ويعود عليها بالنقض لسوينا بين الماهية الناقصة لورود المنع عليها وبين الماهية الخالية من المنع . ولو قلنا بصحة العقد وعدم الفساد مطلقاً لسوينا بين الماهية السالمة فى ذاتها وفيما اقترن بها من أوصاف ، وبين الماهية السالمة من الخلل فى ذاتها ، ولكنها مقترنة به فى صفاتها ، وذلك غير جائز ، ولا تتأتى التفرقة الحقيقية بين هذه الأقسام الثلاثة إلا بفرض رتبة بين الصحة والبطلان ، وتلك الرتبة هى رتبة التصرفات الفاسدة ، ومن أجل ذلك قلنا إن العقد أقسام ثلاثة : صحيح وفاسد وباطل[1] .

هذه وجهات النظر التى انبنى عليها أن الحنفية قسموا العقد غير الصحيح إلى باطل وفاسد ، وقسروا الباطل على ما كان المنع الوارد من الشارع فيه وارداً على الأركان ، والفاسد ما كانت الأركان فيه خالية من المنع ، ولكن المنع اقترن

(١) راجع الفروق للقرافى الجزء الثانى ص ٨٣ .

بوصف ملازم لها، أو بعبارة أدق الباطل ما كان غير مشروع بأصله، والفاسد ما كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه.

٢١٥ — ومما احتج به الذين خالفوا الحنفية أنهم قالوا إننا إن اعتبرنا العقد موجوداً فى نظر الشارع مع وصف الفساد، فإما ألا نرتب عليه أحكاماً قط، وإما أن نرتب عليه أحكام العقد، كما اتفق العاقدان، وإما أن نرتب أحكاماً تتفق مع غرض الشارع من غير نظر إلى غرض العاقدين، كالبيع المقترن بشرط ربوى، إن حكمنا بفساده فإما لا تكون له أحكام قط، أو أحكامه كما تراضى العاقدان، أو أحكامه كما يتفق مع غرض الشارع، فيمحى الربا ويبقى رأس المال. لا جائز أن نقرر أنه خال من الأحكام الشرعية، لأننا لو قلنا ذلك لكان العقد الفاسد كالعقد الباطل سواء، وتكون التفرقة لفظية، والتقسيم لا جدوى فيه، ولا جائز أن نقرر أن له الأحكام التى تراضى عليها الطرفان، فذلك باطل أيضاً، لأن مؤداه أن يقر الشارع ما نهى عنه، ويبيح ما حرمه ولا يكون ثمة فرق بين الصحيح والفاسد، وذلك تناقض وتهافت فى الأحكام الشرعية لا يليق بالشارع الحكيم، ولا جائز أن نقول إن الشارع يرتب على العقد الفاسد ما يتفق مع غرضه من غير نظر إلى غرض العاقد، لأن ذلك يؤدى إلى المناقضة لحقيقة شرعية، وهى أن أساس العقود الرضا، فقد قال تعالى «يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض» وقال صلى الله عليه وسلم: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفسه» فلو قلنا إن الشارع يرتب على العقد الفاسد آثاراً شرعية تتفق مع غرضه من غير ملاحظة غرض العاقدين لألزمنا العاقد بما لم يرضه. وذلك لا يصح كما بينا.

وإذا كان فرض وجود العقد الفاسد يؤدى حتما إلى واحد من هذه الفروض الثلاثة التى لا تتفق مع المنطق ولا مع أغراض الشريعة ومراميها —

يكون فرضه باطلا ، لأنه يؤدى إلى باطل ، ويكون الحق أن يلحق بالباطل ، ويتساويا من كل الوجوه[1] .

٢١٦ — والعقد الباطل ليس له وجود شرعى ، فهو فى حكم العدم ، وملغى ليس له أثر شرعى ، فمن باع بيعاً باطلا فكلامه فى حكم العدم ، وكذلك الإجارة وسائر العقود الباطلة ، لأن أركان العقد إذا لم تتم سالمة ، فالعقد لم يوجد ولم ينعقد . أما العقد الفاسد . فهو عقد قد انعقد ووجد ، ولكن لا يرتب الشارع عليه آثاراً شرعية من ذات العقد ، ويوجب على العاقدين فسخه والتخلص منه ، ولا يلزم به واحد من العاقدين . فهو لا ينشىء فى ذاته التزاماً ، ويستمر الفسخ حقاً للمتعاقدين ، بل واجباً عليهما إلى أن يتعذر الفسخ ، بيد أنه إذا نفذ العاقدان العقد الفاسد يرتب الشارع بعض الأحكام على التنفيذ بمقتضى ذلك العقد ، لا على العقد المجرد ، فالبيع الفاسد مثلا لا يترتب عليه أى أثر للبيع ، ولكل واحد من المتعاقدين أن يفسخه ، بل يجب عليه ذلك ، ولكن إذا قبض المشترى المبيع بموجب هذا البيع انتقلت الملكية بذات القبض المترتب على العقد ، ولكن مع ذلك يستمر الفسخ واجباً ، إلى أن يحدث تصرف يمنع الفسخ .

ففى هذه الحال لا يكون الفسخ واجباً ، ولكن الإثم يستمر ملازماً ، ولا يجب فى البيع الفاسد ، والإجارة الفاسدة ونحو ذلك العوض المذكور فى العقد ، بل يكون الواجب هو ثمن المثل أو أجرة المثل بشرط ألا تزيد عن المسمى ونحو ذلك ، لأن محل العقد إذا استوفى فى العقد الفاسد لا يستوفى بمقتضى العقد المجرد ، بل يستوفى بسبب التمكين الذى أنشأه العقد ، فيجد أن يعوض المالك لمحل العقد ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فالعقد إذا كان فاسداً فالتسمية فاسدة ، وإذا فسدت التسمية يجب عوض المثل ، فمن باع بيعاً فاسداً ، تكون تسمية الثمن فاسدة أيضاً ، والشارع لا يلزم بمقتضى أمر قرر فساده ، وبما أن

---

(١) استخلصنا هذا الدليل من الفروق للقرافى الجزء الثانى ص ٨٦ .

المشترى قد استولى على محل العقد بمقتضى عقد منعقد ، فالواجب حينئذ هو عوض المثل ، حيث فسدت التسمية ، فتكون كالملغاة .

هذا حكم العقد الباطل والفاسد . أما حكم العقد الصحيح ، فهو ترتب الآثار الشرعية عليه ، وعدم جواز استقلال أحد العاقدين بفسخه إن كان لازماً ، وفى الجملة العقد الصحيح تترتب عليه الآثار الشرعية كلها على حسب قوة إنشائه ومقدار ما أعطاه الشارع من قوة .

٢١٧ — علمنا مما تقدم أن ركن العقد العاقدان ومحل العقد ، فإذا كانت عبارة العاقدين غير صالحة لإنشاء العقد كعبارة فاقد الأهلية ، أو كان محل العقد غير صالح لحكمه ، فالعقد باطل ، وذلك بدهى فى الأولى ، لأن أحد العاقدين إذا كان فاقد الأهلية فعبارته ملغاة لا اعتبار لها ، وهى فى حكم العدم ، فلم يوجد عقد ، بل لم توجد حتى صورة العقد التى تكون شبهة تسقط الحد فى بعض الأحوال . وأما الثانية ، وهى عدم صلاحية المحل لحكم العقد ؛ فهى توجب البطلان أيضاً ، وهى تختلف عن أسباب الفساد التى تتعلق بأوصاف العقد ، كما بينا ، وذلك واضح جد الوضوح فى العقود المالية(١) .

٢١٨ — وأما الفرق بين أسباب الفساد التى تتعلق بأوصاف العقد اللازمة ، وبين البطلان لعدم صلاحية المحل فى النكاح ، فذلك هو موضع النظر الدقيق ، والتمحيص وذلك أن عبارات كثيرين من المؤلفين فى الفقه الحنفى ، وعليه المحققين فيه تفيد أنهم لا يرون فرقاً فاصلا بين بطلان النكاح لعدم صلاحية المحل للعقد ، وبين النكاح الفاسد لخلل فى الأوصاف الملازمة للعقد كالنكاح بلا شهود ، وغير ذلك من الأنكحة التى حكم الفقهاء بفسادها لخلل لحق أوصافها ، فصاحب الهداية لم يذكر فرقاً بين باطل النكاح وفاسده ، وهو أحياناً يعبر عن النكاح غير الصحيح بالفاسد وأحياناً بالباطل من غير سبب يجعل هذا مختصاً بتلك التسمية

---

(١) وقد فصلنا الكلام فى ذلك فى محل العقد فارجع اليه .

والثانى بالتسمية الثانية . ويعلق عليه كمال الدين بن الهمام فيقول « إن التعبير مرة بباطل ومرة بفاسد ، لأنه لا فرق بينهما فى النكاح بخلاف البيع[1] » وتجىء عبارات مختلفة فى فتح القدير تثبت أن التحقيق فى العقد الباطل والفاسد فى النكاح سواء ، وترى أيضاً الكاسانى فى البدائع لا يذكر فرقاً بين فاسد النكاح وباطله ، وعباراته وتعليلاته تشير من قرب إلى أنهما ليسا إلا نوعاً واحداً مقابلا للصحيح ؛ ولذا يقول فى النكاح الفاسد ما خلاصته : « إن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ؛ لانعدام محله أعنى محل حكمه ، وهو الملك لأن الحرية خلوص ، والملك ينافى الخلوص ، ولأن الملك فى الآدمى لا يثبت إلا بالرق ، والحرية تنافيه ، إلا أن الشرع أسقط اعتبار هذه المنافاة فى النكاح الصحيح لحاجة الناس إلى ذلك ، وفى النكاح الفاسد بعد الدخول لحاجة الناكح إلى درء الحد ، وصيانة مائه عن الضياع بثبوت النسب ووجوب العدة ، وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال من غير غرامة ولا عقوبة ، فوجب المهر ، فجعل منعقداً فى حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة ، ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع » فترى من هذا التعليل أنه لا يفرق بين الفاسد والباطل بل يجعل البطلان لعدم صلاحية المحل لأحكام النكاح نوعا من فساد العقد يسرى عليه ما يسرى على كل أحكام العقد الفاسد الذى لا يفرق عن الباطل .

ويجىء التصريح فى النهاية وغيرها من كتب الفقه بعدم التفرقة ، وأصول فخر الإسلام وشرحه ، وحاشية الأزميرى فى الأصول على هذا أيضاً . ولذلك نكاد نحكم بأن المذهب الحنفى لا يفرق بين باطل النكاح وفاسده على النحو الذى بيناه .

٣١٩ — وفى الحق أن المحققين من المؤلفين يجعلون النكاح الباطل لعدم صلاحية المحل كنكاح المحارم أو الإخلال بوصف من أوصافه — حقيقة شرعية واحدة ، فيصرحون بأن العقد على المحارم والنكاح بلا شهود كلاهما باطل ، فيقول فخر الإسلام فى أصوله أن النكاح بلا شهود باطل ، ويعلل ذلك بقوله :

(١) الهداية وفتح القدير الجزء الثانى ص ٣٨٢ .

« لأنه منفى بقوله عليه الصلاة والسلام : لانكاح بلا شهود ، وكان النفى فسخاً وإبطالا ، وإنما يسقط الحد ، ويثبت النسب والعدة لشبهة العقد » وفى التوضيح « إن النكاح بلا شهود مثل بيع المضامين والملاقيح[1] فى البطلان ؛ لأنه منفى بقوله عليه السلام لانكاح بلا شهود » .

ومن كل هذا يفهم أن الخلل فى أوصاف عقد النكاح كالخلل فى ركن العقد لعدم صلاحية محل العقد لحكمه يكون كلاهما سبباً فى بطلان العقد . ثم بالرجوع إلى التعليل الذى يعللون به ذلك نجده يرمى إلى رفع فاسد النكاح إلى درجة باطلة ، فالنكاح بلاشهود يعتبرونه باطلا ؛ لأن الحديث نفى وجوده ، فكان فى حكم المعدوم . وجاء فى حاشية الأزميرى : « وفى النهاية المراد بالفاسد فى باب النكاح هو الباطل ، لأن ثبوت الملك فى باب النكاح مع المنافى ، وإنما يثبت الملك ضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع للتوالد والتناسل ، فلا حاجة إلى عقد لايتضمن المقاصد . ولا يثبت الملك ، وهو الفاسد ، لأن ماثبت ضرورة يتقدر بقدرها ، فظهر منه أن كل نكاح ورد فيه التحريم ، كنكاح المحارم ونكاح المتعة ، والنكاح المؤقت وغيرها باطل ، وإنما عبروا عن بعضها بالفاسد إشارة إلى الفرق بين المختلف فيه فى صحته وفساده ، وبين المتفق على بطلانه ، فعبروا عن الخلافية بالفساد ، وعن الاتفاقية بالباطل » .

ومن كل هذا يتبين أن النكاح ليس له إلا قسمان صحيح ، وباطل . ولم يثبتوا الفاسد . وعللوا ذلك كما تقدم بأن الأصل فى العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة أنها حرام ، والعقد هو الذى يوجد الانتقال من الحرام إلى الحلال ، فإذا ورد نهى من الشارع عن هذا العقد فقد نفى بهذا النهى التحليل الذى أعطاه لعقد النكاح ، فيصير العقد لايثبت حلا ، وبهذا يفقد كيانه ووجوده . ويعتبر غير موجود . ولافرق فى ذلك بين أن يكون النهى لخلل فى الركن أو لخلل فى الوصف .

---

(١) المضامين ما فى أصلاب الآباء والملاقيح ما فى بطون الأمهات ، وكلاهما بيعه باطل لا فاسد ، لعدم قبول المحل لحكم البيع ، لأنها غير محققة الوجود الذى يكون مقدور التسليم

بيد أن النكاح الباطل إذا كانت له صورة العقد كان شبهة[١] ، فإذا دخل الرجل بالمرأة فى هذه الحال كانت صورة العقد مانعة من إقامة الحد ، لأنها شبهة والحدود تدرأ بالشبهات . وإذا لم يقم الحد لم يكن الدخول فى حكم الزنا فى الدنيا ؛ فتثبت به العدة ويجب به المهر . ويثبت به النسب . وقد قرروا أن ذلك ليس موجب النكاح . ولكنه مقتضى الدخول مع شبهة العقد ، وهو يثبت للوطء بشبهة كمن تزف إليه امرأة فيغشاها ظاناً أنها عروسه ، وليست هى ، فيثبت بالدخول بها الأمور السابقة للشبهة ولو لم يكن عقد ، لأن الشبهة هنا الجهل الذى لم تتوافر معه أسباب العلم .

(١) على خلاف فى بعض الصور بين الإمام وصاحبيه : والمراد بالحد حد الزنى ، وهو رجم المحصن ، وجلد غير المحصن مائة جلدة .

أقسام العقد الصحيح

٢٣٠ – قد بينا أن العقد الصحيح هو ما صدر من أهله مضافاً إلى محل صالح لحكمه، وسلم من خلل فى ركنه أو فى أوصافه، وهو بهذا يشمل نوعين من العقود: (١) العقود الصادرة عن أهلها، وعمن لهم ولاية إنشائها (٢) والعقود الصادرة من أهلها، ولكن ليست لهم ولاية إنشائها بأن لم يكونوا ذوى الشأن فيها، وليست لهم نيابة عن صاحب الشأن بولاية شرعية أو وصاية أو وكالة. والقسم الأول من العقود هو العقود النافذة، والقسم الثانى هو العقود الموقوفة.

فالعقد الصحيح النافذ ما صدر من أهله مضافاً إلى محله، وسلمت أوصافه من الخلل، وكان صدوره عمن له ولاية على العقد، وأما العقد الموقوف، فهو ما صدر عن أهله مضافاً إلى محله مع سلامة أوصافه، ولكنه لم يكن ممن له الولاية على العقد كعقود الفضولى، وبيع ناقص الأهلية وشرائه ونكاحه، فإن هذه العقود صحيحة موقوفة.

ونرى من هذا أن الفقهاء يعدون العقد الموقوف من أقسام الصحيح؛ لأن العبارة فيه تنشأ موجبة أحكاما، ولكن لأنها تلزم من لم يشترك فى إنشائه يتوقف العقد على إجازة صاحب الشأن، فإن أجازه نفذ، وإن لم يجزه بطل، فالعبارة صدرت صحيحة، لصدورها عن ذى أهلية فى محل صالح، فيكون العقد صحيحاً، ولكن تتأخر الأحكام إلى وقت الإجازة؛ والشافعى يخالف فى ذلك، ويرى أن العقد الموقوف من أقسام العقد الباطل، وذلك لأن ولاية العاقد على العقد شرط للانعقاد، وليست بشرط للنفاذ فقط. فكل عقد صدر عمن ليست له ولاية العقد، فعبارته ملغاة

لا يلتفت إليها . فعقود قاصر الأهلية باطلة ، لأنه ليس ذا ولاية ، وكذلك عقد الفضولي[1] ، لعدم ولايته على محل العقد . وعلى ذلك يقرر الشافعي أن العقد الموقوف عقد باطل ولا يعد من أقسام الصحيح .

٢٢١ — هذا والأصل في العقود الصحيحة أن تكون لازمة ، ليس لأحد طرفيها الانفراد بفسخها ، وإبطال التزامها ، وذلك لأن العقود تعقد لمقاصد وأغراض ، وإشباع حاجات ، فكان من تمام مقصودها أن يكون الوفاء بها لازماً على كلا طرفيها ، ولأن العقود عهود ، وعدم الوفاء بالعهد نكث في الذمة ، وقد قال تعالى : « وأوفوا بالعهد ، إن العهد كان مسئولا » ولأن الوفاء بالعقود لازم بنص القرآن : إذ يقول الله تعالى « يأيها الذين آمنوا ، أوفوا بالعقود » ، ولأن آثار العقود التزامات ، والالتزامات من طبيعتها أن تكون لازمة .

بيد أنه مع أن الأصل في العقود أن تكون لازمة لاحظ الشارع أن من مصلحة العاقدين ، ومن تمام الاستيثاق من الرضا عن بينة أن يجعل ما هو لازم ليس بلازم أحياناً ، بل إن من شأن بعض العقود أن تكون التزاماتها من جانب واحد ، فالعاقد الآخر غير ملزم بالتمسك بها ، لأنها بالنسبة له ليست عهداً واجب الوفاء ، كالكفالة بالنسبة لصاحب الحق الذي كان موضوع الكفالة . بل إن من العقود ما لا يكون من مصلحة العاقدين ، والمعاملات المالية أن تكون لازمة ، لهذا كله جعل الشارع بعض العقود لازماً وبعضها غير لازم ، وبينهما درجات في اللزوم وعدم اللزوم . وعلى ذلك قد قسم الفقهاء العقود بالنسبة للزوم إلى أربعة أقسام :

---

(١) راجع تصرفات الفضولي وتصرفات قاصر الأهلية ، فقد بينا هناك مذهب الشافعي بأدلته ، هذا ويلاحظ أن القانون الحديث لا يعتبر العقد الموقوف من أقسام الصحيح ، بل يعتبره من أقسام الباطل ، مع أنه يوافق الحنفية في تصرفات الفضولي . ولكن مع أنه يعده من أقسام الباطل يقرر أنه باطل نسبيا ، لأنه يصير إلى البطلان في حال عدم الإجازة ، وذلك نظر دقيق .

(القسم الأول) عقود لازمة غير قابلة للفسخ ، وهى عقود النكاح والخلع ، فإن النكاح إذا انعقد لازماً لا يقبل الفسخ ، فلا يمكن العاقدين أن يتراضيا على فسخه وإبطاله ، لأنه متى انعقد لا يبطل ، ومثله الخلع ، إذا انعقد لا يستقل أحد العاقدين بفسخه ، وإذا تراضيا على فسخه لا يفسخ . وقد يقول قائل : إن النكاح غير لازم بالنسبة للزوج ، لأنه يملك التخلص منه بالطلاق . والجواب عن ذلك أن الطلاق ليس فسخاً للنكاح ، بل هو إنهاء له ، ووضع حد لآثاره ؛ إذ الفسخ يأتى على أصل العقد بالإبطال ؛ فيصير به العقد كأن لم يكن ، كالمتبايعين إذا تقابلا البيع ، وكالمرتهن إذا فسخ الرهن ، فإن العقد فى هذه الحالة يعتبر بالنسبة للعاقدين كأنه لم يوجد ، والطلاق ليس كذلك ، لأن الطلاق مبنى على النكاح ، ولا يتصور من غير انعقاد النكاح ، إذ هو ثمرة من ثمراته ، فلا يمكن إذن أن يأتى على النكاح بالنقض ، لأنه الأصل الذى قام عليه ، فلا يعتبر الطلاق فسخاً ، بل يعتبر إنهاء للحياة الزوجية ، مع بقاء آثار العقد التى وجدت بمقتضاه قبل الطلاق ، بل قد يكون الطلاق تقريراً لبعض أحكام العقد ، فهو يقرر حق المرأة فى نصف المهر إن كان قبل الدخول ، ويجعل لها حق المطالبة بمؤخر الصداق إن كان بعد الدخول .

والعقود اللازمة التى لا تقبل الفسخ لا تدخلها الخيارات فلا يدخلها خيار الشرط ولا الرؤية ، كما لا يدخلها خيار العيب فى الجملة[1] ، وذلك لأن الخيار معناه أن يكون لأحد العاقدين الحق فى فسخ العقد ، وذلك ينافى طبيعة هذه العقود ، لأنها لا تقبل الفسخ من أحد العاقدين ، أو منهما مجتمعين كما قررنا ، ولأن أنواع الخيارات لا تدخل هذه العقود ، قال الفقهاء فيها

---

(١) أما فى التفصيل فخيار العيب يدخل فى بعض الأحوال النادرة على خلاف طويل بين الفقهاء فى ذلك . موضعه كتاب النكاح . والتفريق للعيوب ومن الخيارات التى تدخل عقد النكاح خيار البلوغ وهو أمر استثنائى فيه .

إنها لا تتراخى أحكامها عن أسبابها ؛ لأن الخيار من شأنه أن يجعل أحد العاقدين غير ملزم بالتزامات العقد ، فدخوله فى العقد يجعل فاصلا بين العقد والتزاماته أو بين سببه وهو الصيغة وآثاره وهى الأحكام .

(والقسم الثانى) عقود لازمة تقبل الفسخ ، فيجوز للعاقدين أن يتراضيا على فسخ العقد ، ويكون الفسخ بالنسبة لها فى حكم إبطال العقد ، وكأنه لم يكن . وهذه هى عقود المعاوضات كالبيع والإجارة والمزارعة والمساقاة وغير ذلك ، وهذه العقود قسمان :

(١) عقود ، القبض لازم لها ، وهى الصرف والسلم وبيع الربويات ، وهذه تكون لازمة وليس لأحد العاقدين أن يشترط لنفسه حق فسخها فى مدة معلومة بأن يشترط لنفسه خيار الشرط ؛ وذلك لأن هذا الشرط ينافى القبض اللازم لهذه العقود ، فاشتراطه يكون منافياً لمقتضى العقد ، فلا يصح ، وعلى ذلك تكون هذه العقود لازمة ، ولا يعطى أحد العاقدين حق فسخها بشرط فاسخ والقسم الثانى من عقود المعاوضات عقود لا يلزم القبض فيها كسائر البيوع ، وكالاجارات وغيرها ، وهذه تكون لازمة ، لا يستقل العاقدين بفسخها ، ولها أن يفسخاها بالتراضى ، لأنها قابلة للفسخ ، ولكن مع ذلك لأحد العاقدين أن يستقل بفسخها إذا اشترط ذلك لنفسه فى العقد مدة معلومة ، وذلك بما يسمى خيار الشرط على ما نوهنا إليه .

وعقود المعاوضات فى الجملة لا يثبت لها اللزوم عند الشافعى وابن حنبل إلا بعد تفرق المجالس . أما قبل تفرق مجلس العقد فلكلا العاقدين عند هذين الإمامين فسخها بخيار المجلس ، وخالف فى ذلك بقية الأئمة على ما بيناه فى خيار المجلس فى أول الكلام فى العقود . ثم شرط لزومها خلوها من خيار الشرط والرؤية والعيب ، لأنها إن وجد أحدها كان العقد غير لازم ، لعدم تكامل الرضا .

(القسم الثالث) عقود لازمة بالنسبة لأحد العاقدين ، غير لازمة بالنسبة للعاقد الآخر ، وذلك مثل الرهن والكفالة ، فإنهما عقدان لازمان بالنسبة للراهن والكفيل ، لتعلق حق المرتهن والمكفول له بالعين المرهونة ، وبذمة الكفيل ؛ ولكن هذين العقدين غير لازمين بالنسبة للمرتهن والمكفول له ، لأنهما بالنسبة لهذين، للاستيثاق من استيفاء حقوقهم ، ولهما أن يتنزلا عنها ، فلهما بالأولى أن يتنزلا عن الاستيثاق من استيفائها ، وكذلك كل عقد يكون فيه أحد العاقدين قد تعهد تعهداً أو جاد لغيره حقاً قبله من غير أن يكون له حق فى نظير وقبل هذا الآخر ، فإنه فى هذه الحال يكون ملزماً بالوفاء ، والآخر غير ملزم بشىء ، فلا يكون العقد لازماً بالنسبة له .

(القسم الرابع) عقود غير لازمة بالنسبة لكلا العاقدين ، فلكلا العاقدين أن يفسخها منفرداً بفسخها ، مستقلا به ، ولو لم يرض الطرف الآخر ، وهذا يشمل عقد الوكالة وعقود التبرع التى لم تخرج على أبواب الصدقات ، وكذلك عقود التبرع المضاف إلى ما بعد الموت ، فكل هذه العقود لكلا العاقدين أن يفسخها منفرداً ، ولو لم يرض الطرف الآخر .

وعقود الشركات لا تكون لازمة أيضاً ، لأنها فى مضمونها ليست إلا عقود وكالة ؛ لأن كل واحد من العاقدين قد وكل الآخر فى التصرف عنه فيما يملك من التصرفات على ما هو مبين فى باب الشركات .

هذه هى أقسام العقود بالنسبة للزوم وعدمه . وللفقهاء اختلاف فى دخول بعض العقود فى أحد الأقسام دون الآخر وهو مبين فى موضعه من هذه العقود ، ونحن هنا لانتعرض إلا للقضايا العامة .

الخيارات

٢٢٢ – الخيارات جمع خيار ، ومعناه الاختيار(١) ومعناهما فى الجملة طلب خير الأمرين ، والاتجاه إليه . ويقول ابن الأثير فى النهاية فى معنى كلمة الخيار فى قوله عليه السلام : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا « الخيار اسم من الاختيار ، وهو طلب خير الأمرين إما إمضاء العقد أو فسخه » . وهذا المعنى الذى ذكره ابن الأثير قريب من المعنى الشرعى لهذا اللفظ الذى اختصت به الشريعة الإسلامية من بين القوانين الحديثة ، فإن المعنى الاصطلاحى لذلك اللفظ هو أن يكون لأحد العاقدين أو كليهما الحق فى فسخ العقد ، بأن يعطى الحق فى تخير أحد الأمرين إما إمضاء العقد وتقريره ، أو فسخه ونقضه من أساسه .

وإذا كان هذا هو المعنى الشرعى للخيارات فهو يومىء من قرب إلى العلة الدافعة لشرعية الخيارات ، وهى الاستيثاق من الرضا ، والتأكد من وجوده والتعرف لما يعود على العاقد له من وجوه النفع ، وما يغرم فى سبيلها ، والموازنة بينهما موازنة تكون على بينة من حقيقتهما . لذلك جعلها الشارع فى أحوال خاصة أو عند اشتراط أحد العاقدين لنفسه حق الفسخ أو الخيار ، وذلك إذا كان الرجل على شك من أن العقد فى مصلحته ويريد التروى ، ودراسة الموضوع من كل نواحيه من غير أن يفوته العقد ، فقد يدفعه نقص خبرته إلى أن يشترط ذلك لنفسه . أو أن يشترطه لشخص آخر يهمه رضاه بالعقد ؛ ليستوثق من أنه كان فى مصلحته . ثم أحياناً يكون علم الشخص

---

(١) ويقول النحويون إنه اسم مصدر للفعل اختار ، لأن اسم المصدر ما كان فيه معنى المصدر دون حروفه ، ولا شك أن هذا معنى كلمة الاختيار ، وهى المصدر دون حروفه .

بالمعقود عليه ناقصاً ، فيلاحظ الشارع هذا النقص ، فيعطيه حق الفسخ ، ليكون رضاه على علم وبينة ، بل أحياناً يرضى عالماً بالمعقود عليه على أنه سليم خال من العيوب ، ثم يبين معيباً بعيب لم يكن يعلم به وقت العقد ، فأعطاه الشارع حق الفسخ لهذا أيضاً .

ومن كل هذا يتبين أن شرعية الخيارات كانت للاستيثاق من أن الرضا بالعقد قام على أساس من العلم الصحيح ، كما يتبين أيضاً أن الخيارات تثبت بأحد أمرين :

(١) إما باشتراط العاقد ، ليتم له العلم الصحيح بمغانم العقد ومغارمه .

(٢) وإما بتقرير الشارع دفعاً لنقص فى العلم الذى قام عليه الرضا ، أو منعاً لتغرير وتجهيل فى صحبه .

وعلى ذلك تكون الخيارات قسمين : أحدهما ثبت باشتراط العاقد ، وهو يشمل فرعين : أحدهما خيار التعيين ، والثانى خيار الشرط ، والقسم الثانى يثبت بإثبات الشارع ، وذلك يشمل خيارات كثيرة بعضها يختص بعقد لا يعدوه كخيار العتق ، وخيار البلوغ[١] ، وبعضها يعم عدداً من العقود ولا يختص بواحد منها ، وما دمنا نتكلم فى القواعد العامة فلنتكلم من هذا النوع على ما يعم ، ونترك ما يخص إلى الكلام فى العقود التى تختص به فى الأحوال الشخصية . والذى يعم خياران فقط هما خيار العيب وخيار الرؤية . وإذن فلنتكلم على خيارات أربعة هى خيار التعيين ، وخيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وخيار العيب .

---

(١) قد آثرنا أن نترك الكلام فى هذين النوعين من الخيار وما يشبههما كخيار الكفاءة لأنها تختص بالأحوال الشخصية ونحن لا نمسها إلا على قدر الضرورة . وخيار العتق أن يثبت للأمة حق اختيار نفسها بعتقها لما زوجت وهى أمة ، وخيار البلوغ أن يكون للغلام أو الفتاة إذا بلغا حق الفسخ إذا زوجهما غير الأب والجد من الأولياء .

خيار التعيين

٢٢٣ — يدخل هذا النوع من الخيار فى عقود المعاوضات المالية التى تفيد تمليك الأعيان ، فيثبت فى البيع ، والهبة بعوض مشروط فى العقد ، والصلح الذى هو فى معنى البيع ، ومعناه أن يكون المشترى أو البائع بالخيار بمقتضى شرط فى العقد أن يعين واحداً من اثنين أو ثلاثة أشياء متفاوتة قيمتها فيما بينها ، فالعقد يكون معقوداً على واحد من شيئين أو ثلاثة على أن يكون لأحد العاقدين الحق فى تعيين ذلك الواحد .

وثبوت ذلك النوع من الخيار موضع خلاف بين الفقهاء ، لأنه مخالف للقياس ، إذ القياس يقتضى أن يكون محل العقد معيناً معلوماً ، والتخيير بين واحد من ثلاثة تجهيل له ، فلا يكون العقد صحيحاً ؛ لأنه غرر وكل غرر يفسد العقد على نحو ما علمت فى محل العقد . ولقد أخذ بهذا القياس أحمد بن حنبل والشافعى وزفر ، فقد جاء فى الشرح الكبير مانصه : « لا يجوز أن يبيع عبداً غير معين ، لأنه مجهول ، ولأنه غرر ، وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ، ولا عبداً من عبيده سواء قلوا أم كثروا ، وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة إذا باعه عبداً من عبدين أو من ثلاثة بشرط الخيار صح »[1] ، فمذهب الحنفية خالف فيه القياس إلى الاستحسان ، ووجهه أن الحاجة إليه ماسة ، لأن من الناس من لا يغشون الأسواق ، ولا يصفقون فيها ، كالأكابر وكالمخدرات من النساء ، فاحتاجوا إلى أن يأمروا بالشراء لهم ، ثم لا تندفع حاجتهم بشراء شىء واحد معين من جنس ما يرغبون فى شرائه ، فعساه لا يوافق رغبتهم من كل الوجوه ، فيحتاج إلى أن يشترى رسولهم أو وكيلهم واحداً من اثنين أو ثلاثة من ذلك الجنس ، ويحملها إليهم ، ليختاروا أحدها ، ولأن الحاجة ماسة إلى هذا النوع من العقود إذ جرى

(١) الشرح الكبير الجزء الرابع ص ٢٩ .

التعامل به ، وجرى عرف الناس على إقراره ، ومن المقرر فقهياً أن العرف يكون حجة يخالف بها القياس . وجهالة المبيع هنا مغتفرة ؛ لأنها لا تفضى إلى المنازعة ، وما كانت الجهالة مفسدة للعقد لذاتها ولكن لأنها مفضية إلى النزاع ، فإذا لم يتحقق فيها ذلك الوصف فلا تتحقق سبباً للفساد ، فيصح معها ولا تبطله.

٤٢٣ — ويشترط لصحة العقد مع هذا الخيار ثلاثة شروط : (أولها) أن يكون التخيير بين ثلاثة أشياء فأقل ، فإن كان بين أربعة فأكثر لم يصح ، (ثانيها) أن تكون هذه الأشياء التي يجرى التخيير فيها متفاوتة فيما بينها ؛ لكي يتحقق التخيير بين أحدها ، وأن يذكر مع كل واحد ثمنه ليكون الثمن معلوماً ، (ثالثها) أن يكون للخيار مدة معلومة ، حدها أبو حنيفة بثلاثة أيام لا تتجاوزها . واكتفى الصاحبان بأن تكون معلومة ، وليس لها حد أعلى ، فكل أمد يذكر يصح معه العقد مهما يتطاول ويمتد ، وقال آخرون أن خيار التعيين ليس له مدة معلومة .

هذه هي شروط خيار التعيين التي لابد منها لصحة العقد معه ، وإن لم تتحقق فسد العقد ، وقد عللوا اشتراط أن يكون الخيار بين ثلاثة أشياء بأن شرعية خيار التعيين للحاجة ، والحاجة تقدر بقدرها ، فيكتفى بما يدفعها ، ولا شك أن التخيير بين ثلاثة لا يتجاوزها ، فيه دفع لها ، لأن الثلاثة تشتمل على الجيد والمتوسط والردىء ؛ وبالتخيير بينها تدفع الحاجة التي جعلت الفقهاء يقررون خيار التعيين خروجاً على القياس إلى الاستحسان ، فيكون التخيير بين أكثر من ثلاثة تخييراً لا حاجة إليه فيبقى على أصل القياس .

وعللوا اشتراط التفاوت بين الأشياء المخير فيها مع بيان ثمن كل واحد ؛ بأنها إن لم تكن متفاوتة فى مزاياها لم يكن للتخيير بينها معنى ، فيكون عبثاً ، وبأنه إن لم يذكر الثمن وكان مجهولا فسد البيع ، لأن هذه الجهالة تفضى إلى المنازعة ، ولأن الفقهاء يقررون أن حكم العقد مع خيار التعيين أن العقد يكون معقوداً

فى واحد من الثلاثة أو الاثنين غير معين ، ولا يتأتى ذلك إلا إذا ذكر أمام كل واحد ثمنه .

وعلل أبو حنيفة تعيين مدة الخيار بثلاثة أيام بأنه يشبه خيار الشرط ، وخيار الشرط عنده لا تتجاوز مدته ثلاثة أيام . والصاحبان فى اشتراطهما تعيين المدة من غير ذكر حد أعلى لها يسيرون على أصلهم فى خيار الشرط ، وسنبين وجهة نظر الفريقين فى ذلك عند الكلام فى خيار الشرط .

ووجهة نظر الذين لم يعينوا لخيار التعيين مدة أن المدة شرط فى كل خيار لا يثبت معه أثر العقد ، ليعلم متى يثبت الأثر ، فاشترطت فى خيار الشرط على ما سيجىء ، لأنه يؤخر الحكم بالنسبة لمن له حق الخيار ، أما خيار التعيين فيثبت فيه الحكم فى واحد غير معين بدليل أنه لو مات من له الخيار ينتقل الملك لورثته فى واحد غير معين ، ويكون لهم حق التعيين ؛ ولأن الحكم فى العقد الذى قارنه شرط خيار التعيين يثبت بمجرد العقد لم تثبت فيه مدة .

ولكن الأمثل والأعدل بالنسبة للعاقد الآخر الذى لم يكن له الخيار أن تكون هناك مدة ليستطيع أن يعرف مآل ملكه ، والنهاية التى ينتهى إليها من له الخيار بحيث إذا مضت المدة ، ولم يختر ، أجبر على الاختيار والتعيين .

٣٢٥ — ولقد قال بعض الفقهاء إن خيار التعيين لا يصح إلا إذا كان معه خيار شرط بأن يشترط العاقد الذى اشترط لنفسه خيار التعيين أن يكون له حق الفسخ مدة معلومة ، وهذا هو اختيار شمس الأئمة السرخسى ، وقال فيه إنه الصحيح ، وجاء فى الجامع الصغير ، وقال بعضهم لا يشترط أن يصحب خيار التعيين خيار شرط ، وهو المذكور فى الجامع الكبير ، وما ذكر فى الجامع الصغير اتفاق لا على وجه الاشتراط ، وقال فى هذا القول فخر الإسلام إنه الصحيح .

وعلى رأى من يرى أن خيار التعيين لابد أن يصحبه خيار شرط ، يكون من له الخيار الحق في تعيين واحد من الثلاثة أو الاثنين . ويكون له الحق في فسخ العقد من كل الوجوه بمقتضى خيار الشرط ؛ إذ خيار الشرط يجعل له الحق في فسخ العقد مطلقاً ، لا في تعيين واحد من الثلاثة أو الاثنين ، وأما على رأى من يقول إن خيار التعيين لا يشترط لتحققه وجود خيار الشرط معه فقد قالوا إن من له الخيار الحق في اختيار واحد من الثلاثة وليس له أن يردها جميعاً ، لأن العقد منعقد بات لازم بالنسبة لواحد غير معين ، وعلى من له الخيار التعيين . وقال الكرخي إن له أن يردها جميعاً ، لأن خيار التعيين بمنزلة خيار الشرط يجعل العقد غير لازم[1] . وجاء مثل هذا في البدائع للكاساني ، وعلله بأن الملك الذى يثبت مع خيار التعيين في واحد غير لازم ، ولمن له حق الخيار على هذا أن يردها جميعاً ، ويشبه هذا الملك بالملك الذى يثبت مع خيار الرؤية والعيب[2] .

٢٣٦ — وخلاصة القول إن وصف العقد الذى يكون مقترناً به اشتراط خيار التعيين لأحد العاقدين أن العقد يكون منعقداً ، ويثبت أثر الملك فيه للمشترى في واحد غير معين من ثلاثة الأشياء أو الاثنين ، وهذا هو الراجح في المذهب ، ويرى بعض الفقهاء وهم الأكثرون أن من له الخيار ليس له الحق في فسخ العقد ، ولكن له فقط أن يعين ما يشاء ، ويرى بعضهم أن له الحق في تعيين ما يشاء ، كما له الحق في فسخ العقد نفسه ، لأن الملك الذى يثبت به ملك غير بات كالملك الذى يثبت مع خيار الرؤية والشرط .

وينتهى الخيار باختيار واحد مما خير فيه صراحة بأن يقول اخترت

---

(١) راجع الزيلعي الجزء الرابع ص ٢٠ .
(٢) البدائع للكاساني الجزء الخامس ص ٢٦٣ .

هذا، أو دلالة بأن يتصرف تصرفاً يدل على اختياره لأحدها كأن يخير بين ثلاثة أبواب فيأخذ أحدها ويخيطه فهذا الفعل يكون اختياراً لأحدها بدلالة الفعل لا بدلالة القول .

وكما ينتهى الخيار باختيار أحدها صراحة أو دلالة ينتهى بهلاكها وبقاء واحد بعينه ، ففى هذه الحالة يكون متعيناً للاختيار ، وفى كتب الفقه تفصيل فى الهلاك فليرجع إليه فيها ، وليس كتابنا لتفصيل أحكامها ، بل لإجمال كلياتها .

خيار الشرط

٢٢٧ — خيار الشرط هو أن يشترط أحد العاقدين أو كلاهما لنفسه أو لغيره حق فسخ العقد مدة معلومة من الزمان ، كأن يقول المشترى مثلا اشتريت هذه العين بثمن كذا على أنى بالخيار ثلاثة أيام . وهذا الشرط يكون مقارناً للعقد ، وهو مخالف لمقتضاه ، ولذلك قالوا إن الأصل والقياس أن يكون شرطاً فاسداً مفسداً لعقد المعاوضة ، ولكن الفقهاء أجازوه استحساناً ، لسببين :

أحدهما : ورود الأثر بصحته وإجازته ، فقد ورد فى الحديث أن حبان ابن منقذ كان يغبن فى البياعات فقال له النبى صلى الله عليه وسلم «إذا بايعت فقل لا خلابة ، ولى الخيار ثلاثة أيام»[1] فهذا الحديث صريح فى إجازة الشرط ، ومن المقرر أن ورود الأثر بصحة شرط يجعله صحيحاً ، وإن كان مخالفاً لمقتضى العقد ؛ لأن النص فى الشريعة حاكم على العقود ، لا خاضع لأقيستها .

---

(١) جاء فى فتح القدير فى بيان سياق الحديث « عن ابن عمر قال : كان حبان بن منقذ رجلا ضعيفاً ، وكان قد أصابته فى رأسه مأمومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار إلى ثلاثة أيام فيما اشتراه ، وكان قد ثقل لسانه ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : « بع وقل لا خلابة » وكان يشترى الشىء ، فيجىء ، فيقولون هذا غال ، فيقول إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرنى فى بيعى » الفتح الجزء الخامس ص ١١١ .

ثانيهما : أن الحاجة قد تدعو إليه ، فقد يخشى أحد العاقدين الانخداع إما لعدم الصفق فى الأسواق ، أو لأنه لم يكن ذا خبرة تامة بصنف المعقود عليه ، وقد يريد أن يشاور من يهمه الرضا بالمعقود عليه ؛ فكان من مقتضى هذا أن يعقد العقد مشترطاً لنفسه حق الفسخ أمداً ، حتى يستطيع أن يدرأ عن نفسه التغرير ومغبته ، باستشارة أهل الخبرة ، وحتى يضمن رضا من يهمه رضاه ، وترى من هذا أن الحكمة فى شرعية خيار الشرط هى الاستيثاق من الرضا ، والتمكين من أسبابه ، والاحتياط له بحياطته بكل دواعى العلم ليكون على بينة تامة ، ومعرفة صحيحة .

٢٢٨ — ومدة الخيار ثلاثة أيام لا تزيد عنها ، وقد تنقص ، وهذا عند أبى حنيفة وزفر والشافعى ، وقال الصاحبان وأحمد بن حنبل يصح إذا ذكرت مدة معلومة ، ولو كانت طويلة . وقال مالك الأصل أنه يكون لثلاث ولكن يصح تعيين أكثر من ثلاثة إذا وجدت حاجة تدعو إلى ذلك ، كأن يكون من يريد استشارته فى قرية لا يصل ويعود منها فى ثلاثة أيام ، ففى هذه الحال يصح الخيار للمدة التى تسع الذهاب والأوبة ، والاستشارة .

وحجة الذين قيدوا المدة بالثلاثة لا تعدوها أن شرط الخيار ثبت على خلاف القياس إذ هو شرط مخالف لمقتضى العقد ، وقد ثبت لورود النص به ، فيقتصر فيه على محل النص ، والنص الذى ثبت به وهو حديث حبان الآنف ذكره مقصور على ثلاثة ، فلا يتجاوز به الثلاثة . وفوق هذا فقد ورد عن ابن عمر أنه قال « ما أجد أوسع مما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبان ، جعل الخيار ثلاثة أيام ، إن رضى أخذ ، وإن سخط ترك »(١) .

هذه حجة أبى حنيفة وزفر والشافعى ، وهى حجة مالك أيضاً ؛ لأنه يقيد المدة بها أيضاً ، غير أنه يقول إن الحاجة أيضاً تبيح مخالفة مقتضى العقد ما لم تصادم نصاً ، لذلك جاز ذكر مدة أطول من ثلاثة إن وجدت

---

(١) الشرح الكبير الجزء الرابع ص ٦٦ .

حاجة داعية ، وأيضاً فإنه إذا لم تكن الثلاثة كافية لم يكن لشرعية الخيار للشخص فائدة ؛ فكان من معنى النص إباحة أكثر من الثلاثة إن وجدت حاجة داعية لتقدير أكثر منها .

وحجة الصاحبين وأحمد بن حنبل أن الخيار شرع للتروى لدفع الغبن ، ومنع التغرير ، والأمن من الانخداع ، وقد تدفع الحاجة إلى تعيين مدة أطول ، فجاز تعيين هذه المدة ، ويترك الأمر إلى تقدير العاقدين ، وكون الخيار شرع على خلاف القياس لا يستدعى الاقتصار على ذكر المدة المذكورة فى الحديث ، فربما ذكر الرسول صلى الله عليه وسلم هذه المدة لكفايتها لحبان ولكن عساها لا تكفى غيره ، ممن يكون ذووه الذين يستشيرهم غائبين عنه وليسوا مقيمين معه كحبان ، وإن قصد العاقدين إلى تعيين مدة أطول دليل على حاجتهم إليها ، وهو ضابط صالح لتعيين الحاجة ، وأيضاً ، فإن الحديث شرع شرط الخيار لمعنى معقول لا تعبداً ، وهو خشية الغبن فى البياعات ، فكل موضع ثبتت فيه تلك الخشية فالخيار مشروع فيه ، والمدة التى تكفى للتروى ودرء الغبن هى التى يعينها العاقد لنفسه ، وكل امرىء أدرى بحاله .

٢٢٩ — وخيار الشرط يصح أن يشترطه كل واحد من العاقدين لنفسه ويصح أن يشترطه أحدهما لنفسه دون الآخر ، ويصح أن يشترطه أى واحد من العاقدين لغيره ، وذلك عند أبى حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل والشافعى على أحد قوليه ، وخالف فى ذلك زفر والشافعى فى قول ، وحجة من خالف ورفض أن يكون الخيار لغير العاقدين — أن الخيار شرع لمصلحة العاقدين وليس لغيرهما فى العقد حظ فلم يشرع له ، وأيضاً فالخيار إذا اقترن شرطه بالعقد كان مثل موجباته وأحكامه ، وهى لا تتعدى العاقدين فإذا اشترط الخيار لغيرهما كان ذلك إثبات حكم العقد لغير العاقدين .

وحجة الأئمة في إجازتهم ذلك أن الحاجة التي شرع اشتراط الخيار بسببها هي التي تجعل اشتراط الخيار لغير العاقدين سائغاً ، لأن الشخص عساه يحتاج لمشاورة غيره والرجوع إليه ، لأنه يهمه رضاه بالمعقود عليه وقبوله له ، فيشترط الخيار له ، ويفوض إليه حق الفسخ ، ليكون الرضا عقدة معنوية في عنقه لا يستطيع الخروج منها . وكون الخيار من مقتضيات العقد ، لا يتنافى مع اشتراطه لغير العاقدين ؛ لأنه إن اشترطه أحد العاقدين لغيرهما كان الخيار لهذا العاقد بالإصالة ولغيره بالنيابة ، فكأن له حق الفسخ بمقتضى الوكالة عن العاقد الذي اشترط له الخيار . ولذلك إذا اشترط أحد العاقدين الخيار لغيره يثبت الخيار له ضمناً بمقتضى ذلك الاشتراط ؛ لأن هذا مسلط على حق الفسخ من جانبه ، فلا بد أن يثبت له أولا لكي يتصور إمكان تسليط غيره على الفسخ . وإذا كان الخيار قد ثبت لهما ، فإن أجاز أحدهما ، وفسخ الآخر فالسابق منهما يثبت ، فإن كانت الإجازة هي السابقة أبرم العقد ، وإن كان الفسخ هو السابق فسخ العقد ، وإنما جعلنا الاعتبار للمتقدم ، لأن تصرف الثاني يعتبر لغواً بالنسبة للأول ، إذ السابق إن كان فسخاً فقد بطل العقد ، والعقد الباطل لا تلحقه الإجازة ، فتجيء إجازة الثاني على غير عقد وإن كان السابق إجازة ، فقد أبرم العقد وصار لازماً ، ولا يكون لأحد من بعده حق فسخه[1] .

---

(١) يفرض الفقهاء صورة ثانية ، وهي أن يجيز أحدهما ويفسخ الآخر ، وينطقا بهذا في وقت واحد ، ويقولون في هذه الصورة البعيدة الوقوع إنه يرجح جانب الفسخ ، هذا في رواية ، وفي رواية أخرى يرجح جانب العاقد ، لأنه الأصل وهو أقوى ، وإقدامه على القول عزل لنائبه الذي جعل له الخيار ، وهو يملك ذلك صراحة بالقول ، فيملكه دلالة بالفعل ، وهذا لأن تصرف النائب للحاجة ، ولا حاجة عند مباشرة المتصرف بنفسه . ووجه الرواية الأولى أنه عند النطق لم يكن العزل قد وجد ، فكلاهما مالك التصرف ، فتعارضا فيرجح الأقوى ، وهو الفسخ ، وإن رجحنا الإجازة لم يمكن الفسخ ، مع أنه إن رجحنا الفسخ أمكن العقد من جديد .

٢٣٠ — وخيار الشرط يدخل العقود اللازمة القابلة للفسخ التي لا يشترط فيها القبض قبل تفرق المجلس ، فالعقود غير اللازمة لا يدخلها خيار الشرط ، لأنه فيها يكون لغواً لا قيمة له ؛ إذ مؤداه أن يكون لمن اشترط الخيار لنفسه حق فسخ العقد ، وذلك الحق ثابت في العقود غير اللازمة من غير حاجة إلى الاشتراط ؛ فالاشتراط فيها إذن لغو لا معنى له . والعقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ اشتراط الخيار مناف كل المنافاة لمقتضاها ، إذ هذه العقود لا تتراخى آثارها عن عباراتها المنشئة له ، وشرط الخيار من مقتضاه تأخير الأحكام بالنسبة لمن اشترط لنفسه الخيار ، حتى تنتهي المدة أو يبرم أو يفسخ وهذا معناه أن يتراخى حكم العقد عن عبارته ، وذلك مالا تقبله العقود غير القابلة للفسخ ، وعلى ذلك يكون النكاح والطلاق والعتاق والخلع لا يدخلها خيار الشرط ، لأنها غير قابلة للفسخ . ولا يدخل أيضاً خيار الشرط العقود التي يشترط فيها القبض كالعقود الربوية والصرف والسلم ، لأن من مقتضى الخيار تأخير الأحكام ومنها القبض ، وهذه العقود يشترط فيها القبض فهي منافية لاشتراط الخيار .

وكل عقد فيه الأوصاف السابقة يثبت فيه خيار الشرط ، فيثبت في البيع والإجارة ، والصلح ، والمزارعة والمساقاة وغير ذلك من العقود اللازمة التي تقبل الفسخ ، ولا يشترط فيها القبض .

٢٣١ — وخيار الشرط يمنع ثبوت الالتزام على من اشترط الخيار لنفسه ، فالتزامات العقد بالنسبة له تكون متأخرة ، فالبائع إذا اشترط الخيار لنفسه لا يخرج المبيع من ملكه ، والمشتري إذا اشترط الخيار لا يجب عليه دفع الثمن ، وهكذا ، وتأخير الأحكام بسبب خيار الشرط بالنسبة لمن اشترط الخيار له هو مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، ومذهب مالك ، وقول في مذهب الشافعي وابن حنبل ، وعندهما في قول آخر أن اشتراط خيار الشرط

لا يؤخر الأحكام ، بل تثبت الأحكام فور العقد كالعقد الخالى من خيار الشرط ، وكل أثر الخيار أنه يجعل العقد غير لازم كالعقد مع خيار الرؤية عند من يراه ، وكالعقد مع خيار العيب ، وحجة الشافعى وابن حنبل فى هذا الرأى أن العقد صحيح نافذ ، فاقتضى أن تثبت أحكامه بمجرد إنشائه ، إذ لا سبب يوجب التراخى ، والخيار ليس بسبب لذلك ، لأن الخيار معناه أن يكون للعاقد حق الفسخ ، ومعنى هذا أن يكون غير لازم بالنسبة لمن اشترطه فتقتصر أثره على ذلك ، ولا يتعداه إلى تأخير الأحكام[١] .

وحجة أبى حنيفة ومن ذهب مذهبه أن العقد مع الخيار قاصر فلا يثبت أحكاماً ، ووجه قصوره هو عدم لزومه ، لأن الشارع إذ جعل بعض العقود لازماً فقد ناط بها أحكاماً لا تتحقق إلا مع اللزوم ، فإذا جعل خيار الشرط العقد اللازم غير لازم ، فقد منع أن تناط به الأحكام التى جعلها الشارع لا تتحقق مع غير اللزوم ، حتى يثبت ذلك الوصف ، فتتحقق هذه الأحكام؛ وأيضاً فإنه من المقرر أن العاقد ليس له التصرف فى الحقوق التى يثبتها العقد مع قيام الخيار لمن اشترطه ، وذلك بالإجماع ولو كان العقد مثبتاً للحقوق التى تنشأ عنه ، لكان لمن تثبت له التصرف فيها ، وذلك لا يجوز قطعاً . ثم إن من اشترط الخيار لنفسه فمعنى ذلك أن الرضا لم يتم نهائياً من جهته ، ومادام الرضا لم يتم فأحكام العقد لا توجد بالنسبة له ؛ لأن أحكام العقود لا تتبع إلا عقوداً تكامل فيها الرضا[٢] .

٢٣٣ — ومهما يكن من اختلاف الفقهاء بالنسبة لتراخى أحكام العقد الذى صاحب انشاءه اشتراط الخيار ، فقد اتفقوا جميعاً على أنه عقد غير لازم بالنسبة لمن اشتراط الخيار لنفسه ، فله الفسخ طول مدة الخيار ، وله حق

(١) راجع فى هذا الشرح الكبير الجزء الرابع ص ٧٩ .
(٢) استخلصنا هذه الأدلة من البدائع الجزء الخامس ص ٢٦٥ .

الإمضاء فيها . فإذا أمضاه أبرم وسقط الخيار ، لأنه يصير عقداً لازماً ، وإذا فسخ العقد بطل ، وصار كأن لم يكن ، وفسخ العقد أحياناً يكون صراحة ، وأحياناً يكون دلالة . ومثال الثانى أن يشترط البائع الخيار لنفسه ، وقبل مضى مدة الخيار يبيع العين لغير المشترى ، ففى هذه الحال يعتبر ذلك فسخاً دلالة ؛ لأن بيعه للثانى دليل على عدوله عن البيع الأول ، وذلك اختيار للفسخ وترك للامضاء ، وقد اتفق الفقهاء على أن الفسخ غير الصريح يصح فى غَيبة العاقد الآخر ، ولكن اختلفوا فى الفسخ الصريح ، فجمهور الفقهاء على أنه يصح فى حضرة العاقد الآخر وغيبته كالفسخ دلالة لا صراحة .

وقال أبو حنيفة ومحمد : إنه لايصح إلا فى حضرة العاقد الآخر ، ولا يصح فى غيبته ، ووجهة نظر الجمهور أن الفسخ حق لمن له الخيار يستقل به ولا يحتاج إلى رضا الآخر ، وقد نال ذلك الحق باتفاق بينه وبينه ، ويجب أن يترقبه هذا فى كل وقت من أوقات مدة الخيار ، فلا وجه إذن لأن يكون الفسخ فى حضرته ، ووجهة نظر أبى حنيفة ومحمد أن الفسخ من غير إعلامه به قد يترتب عليه ضرر يلحقه ، فكان من الواجب إعلامه به ، ليبحث عن عاقد آخر يتمم معه صفقته ، ولذا إذا فسخ فى غيبته لا يتم الفسخ حتى يعلم .

٢٣٣ — وينتهى خيار الشرط بواحد من ثلاثة أمور (١) الرضا بالعقد وإجازته صراحة أو دلالة ، (٢) مضى مدة الخيار من غير أن يفسخ العقد فيها فإن العقد بمضيها يصير لازماً ، لتوقيت حق الفسخ بها ، (٣) موت من له الخيار ، وذلك عند أبى حنيفة وابن حنبل ، وعند الشافعى ومالك ينتقل الحق إلى ورثته ؛ وأن لذلك تفصيلا نبينه فى موضع آخر[1] .

---

(١) سنتكلم فى ذلك فى وراثة أنواع الخيارات جملة ، فلنترك الكلام فى هذا إلى موضعه هناك .

ولنوضح الأمر الأول من هذه الأمور فالرضا بالعقد صراحة كأن يقول أمضيت العقد أو أجزته ، ومثال الرضا دلالة أن يكون من له الخيار المشترى فيتصرف فى المبيع تصرف الملاك . فإن هذا التصرف يعتبر إسقاطاً للخيار ورضا بالعقد دلالة ، وبها يلزم العقد ويسقط الخيار ، وإن لم يكن الرضا بصريح اللفظ .

خيار الرؤية

٢٣٤ — هو الخيار الذى سببه الرؤية ، فهو من إضافة الشىء إلى سببه كخيار الشرط والمعنى الشرعى لخيار الرؤية أن يكون للعاقد الذى عقد على شىء معين لم يره حق الفسخ إذا رآه ، فهو خيار يثبت بشرطين (أحدهما) أن يكون محل العقد شيئاً معيناً كدار وثوب ، بأن يكون معرفاً بما يعين شخصه أو كما يقول المناطقة معرفاً بالشخص لا بمجرد الوصف الذى يعم ، أما إذا كان ديناً بأن يكون معرفاً بأوصاف لا تعين شخصه ، بل تبين جنسه ونوعه وحاله ، ويثبت ديناً فى ذمته كالمعقود عليه فى السلم ، ففى هذه الحال لا يثبت خيار الرؤية . (ثانيهما) أن يكون محل العقد غير مرئى وقت العقد ، فإذا لم يره العاقد كان له الخيار عند رؤيته ، وأما إذا كان قد رآه فلا يثبت الخيار .

٢٣٥ — وخيار الرؤية لم يكن ثبوته محل وفاق من الفقهاء كخيار الشرط ، بل هو محل خلاف ، وأساس هذا الخلاف هو الخلاف فى صحة العقد على الأشياء المعينة الغائبة ، فمن الفقهاء من حكم بأن العقد عليها صحيح ومنهم من حكم بأن بيعها غير صحيح فأبو حنيفة والشافعى فى مذهبه القديم، وابن حنبل فى إحدى الروايتين عنه يصححون العقد ، ومالك والشافعى فى مذهبه الجديد وأحمد بن حنبل فى الرواية الثانية لم يصححوا العقد .

ومن حكم بصحة العقد على الشىء الغائب المعين الذى لم تسبق رؤيته أثبت خيار الرؤية ، فأبو حنيفة وابن حنبل على إحدى الروايتين والشافعى على أشهر[1] تخريجات مذهبه القديم يثبتونه عند العقد على الأعيان الغائبة التي لم تر قبل العقد .

وقد استدل الذين منعوا صحة العقد على الأعيان الغائبة بأن المعقود عليه يجب أن يكون معلوم الذات والصفات، والأعيان لا تتم معرفتها إلا بمشاهدتها، وعدم مشاهدتها جهالة تفضى إلى المنازعة فى أصل العقد ، ووصفه ، وفى وقت قبض عوض المعقود عليه ، أما إفضاؤها إلى المنازعة فى أصل العقد ووصفه فلأن الأعيان تختلف رغبات الناس فيها ، وتلك الرغبات لا يتم التطابق بينها وبين العين إلا بالرؤية ، فإذا لم يكن قد رآها قبل العقد أو وقته ثم رآها فقد ينازع فى العقد ، لعدم موافقتها لرغبته ، فقد يقول إن هذا ليس المعقود عليه، بل شبيه له من جنسه ، وأما إفضاؤها إلى النزاع فى وقت قبض عوض المعقود عليه ؛ فذلك لأن تسليم ثمن الأعيان المعقود عليها إنما يسبق تسليمها لتعينها، ولا شك أن ذلك يقتضى رؤيتها ومعرفتها بالمعاينة ، والاختلاف المحتمل عند المعاينة ، يؤدى إلى الاختلاف فى تسليم الثمن .

---

(١) يذكر النووى فى المجموع فى البيع مانصه : « إذا قلنا بقوله القديم فهل تفتقر صحة البيع إلى ذكر الصفات أم لا فيه ثلاثة أوجه . (أحدها) أنه لا تصح حتى تذكر جميع الصفات كالمسلم فيه و (الثانى) لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة ، و (الثالث) أنه لا يفتقر إلى ذكر شىء من الصفات ، وهو المنصوص عليه فى باب الصرف ؛ لأن الاعتماد على الرؤية ، ويثبت له الخيار إذا رآه ، فلا يحتاج إلى ذكر الصفات ، فإن وصفه ثم وجده على خلاف ما وصف ثبت له الخيار ، وإن وجده على ما وصف أو أعلى ففيه وجهان : لا خيار له لأنه وجده على ما وصف ، فلم يكن له خيار كالمسلم فيه ، والثانى أن له الخيار لأنه يعرف ببيع فيه خيار فلا يجوز أن يخلو منه . وترى من هذا أنه على مقتضى المذهب القديم قد اختلف التوجيه ، فنهم من أثبت خيار الرؤية مطلقاً ، ومنهم من أثبته فقط فى حال الوصف وتخلف الموصوف عن الوصف إلى ما هو أقل حالا من المذكور .

ولاشك أن هذه الجهالة المفضية إلى النزاع غرر ، والنبي صلى الله عليه وسلم قد نهى عن بيع الغرر . وقد استدل الذين أجازوا العقد على الأعيان الغائبة قبل رؤيتها بما روى عن عثمان وطلحة بن عبدالله رضى الله عنهما من أنهما تبايعا أرضاً باعها عثمان لطلحة ، ولم يكونا رأياها ، فقيل لعثمان رضى الله عنه غبنت فقال لى الخيار ، لأنى بعت ما لم أر . وقيل لطلحة مثل ذلك فقال لى الخيار ؛ لأنى اشتريت ما لم أره ، فحكما فى ذلك جبير بن مطعم ، فقضى بالخيار لطلحة . وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ، ولم ينكر عليهم أحد ، فكان ذلك إجماعاً منهم . ولقد روى أيضاً أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه »(١) وإثبات الخيار فى شراء الأعيان الغائبة دليل إقراره الشراء ومشروعيته . ولأن الجهالة التى أوجدها عدم الرؤية لا تفضى إلى النزاع ؛ لأنه إذا لم يصادف رغبته فسخ ، وإن صادف أمضى .

٢٣٦ — فخيار الرؤية ثبت لأن الجهالة التى وجدت لعدم الرؤية تحدث خللا فى الرضا ، إذ لا يكون مبنياً على معرفة تامة بحال المعقود عليه ، ومن الجائز أن يعرض الندم للعاقد ، إذ لا يجده موافقاً لرغبته إذ رآه ، فيثبت له الخيار تداركا لما فاته ، ولكيلا يكون ظلم .

ويثبت خيار الرؤية عند من أجازوه فى كل العقود التى يكون محل العقد فيها شيئاً معيناً لم ير قبل العقد ولا فى أثنائه ، لأن السبب الذى أوجده محقق فى كل عقد كذلك ، ولذلك أثبتوه فى أربعة أنواع من العقود (أولها) فى عقد البيع إذا كان المبيع معيناً بالشخص ، وليس شيئاً ثابتاً فى الذمة ، فلا يثبت فى السلم ولا فى الصرف . ويثبت للمشترى لا للبائع ، وفى قول

---

(١) طعن بعض المحدثين فى سند هذا الحديث ، وقالوا ان بعض رواته متروك الحديث .

لأبي حنيفة أنه يثبت للبائع أيضاً إذا كان لم ير المبيع ، ولكن الصحيح عنه غير ذلك . (ثانيها) الإجارة ، فإن المستأجر له الخيار إذا لم يكن قد رأى العين المستأجرة . (ثالثها) قسمة القيميات فإذا كان أحد الشركاء عند القسمة لم ير نصيبه فله الخيار إذا رآه . (رابعها) الصلح إذا كان بدل الصلح شيئاً غير معين[1] ، لأنه يكون في معنى الشراء .

٢٣٧ — وليس المراد بالرؤية الإبصار فقط ، بل المراد بها هنا ما هو أعم من ذلك ، وهو المعاينة بالحس ، سواء أكانت بالبصر أم بغيره ، كالشم في المشمومات والذوق في المذوقات ، أو الجس في بعض الأشياء التي لا تعرف إلا بالجس ؛ فإن معاينة هذه الأشياء بتلك الحواس رؤية . وعلى ذلك يكون من الأعمى خيار الرؤية ، وتكفي منه معاينة المشمومات والمذوقات والأمور التي تعرف بالجس ، وما لا يعرف إلا بالبصر يوصف له ، والشافعي يرى أن الأعمى يوكل من يثق برؤيته[2] .

ويكتفى من الرؤية بما يوصل إلى معرفة صفات المعقود عليه المقصود منه ، فكل رؤية تؤدي إلى ذلك ، فهي صحيحة تترتب عليها أحكام خيار الرؤية ، فإذا كانت تلك المعرفة لا تتم إلا برؤية الشيء كله لم تغن رؤية بعضه ، وإن كانت تلك المعرفة تتم برؤية بعض دال على الكل ، فيكتفى برؤية بعضه الذي له تلك الخاصة ، وإذا كان المعقود عليه عدة أشياء ، فإن كانت آحاده لا تتفاوت يكتفى برؤية نموذج منه ، معلن لأوصاف سائره ، كالقمح والقطن . وإن كانت تتفاوت آحاده كالدواب فلا تغني معاينة أحدها ، بل لابد من معاينة كل الآحاد .

---

(١) راجع رسالة العقود والشروط لأستاذنا الجليل الشيخ أحمد ابراهيم بك .

(٢) راجع الرسالة السابقة والمجموع على المهذب الجزء التاسع ص ٣٠٣ . وعند محمد لا يكتفي فيما لا يدرك الإدراك الصحيح إلا بالشم أو الذوق أو الجس ولا يكتفي بالبصر .

ورؤية الوكيل بالعقد تغنى عن رؤية الموكل ؛ لأن كل ما يتصل بالعقد يرجع إلى الوكيل على ما بينا فى الوكالة ، والرؤية من تمام العقد ؛ إذ لزومه لايتم من دونها . ورؤية الرسول الذى أرسله ليقبض العين أو ليبلغ عبارة العقد لاتغنى عن رؤيته اتفاقاً ، لأنه لم يفوض إليه ذلك ، وليس له شأن بالعقد .

واختلف فقهاء الحنفية فى رؤية الوكيل بالقبض أتغنى عن رؤية الموكل أم لا ؟ قال أبو حنيفة تغنى ، وقال الصاحبان لاتغنى ، ووجهة نظرهما تقوم على أن الوكيل متصرف فى حدود ما وكل به لايتعداه إلى غيره ، وهو وكيل بالقبض فنيابته مقصورة عليه لا يتعداه ، والقبض شىء والرؤية شىء آخر ، ولا يقتضى التوكيل فيه الوكالة فيها . وأيضاً فالوكيل بالقبض لا يستطيع إسقاط خيار الشرط ولا العيب برضاه بالعقد ، فكذلك لاتغنى رؤيته عن رؤية الموكل ، ويستطيع إسقاط خيار الرؤية .

ووجهة نظر أبى حنيفة أن الموكل قد وكل الوكيل بقبض تام ، وذلك لأن القبض قسمان قبض تام وقبض ناقص . والأول يكون بقبض الشىء ورؤيته ، والثانى يكون بقبضه من غير معاينة له كأن يكون مستوراً والموكل إذ أطلق القبض فى الوكالة فهو منصرف إلى القبض التام المتضمن للرؤية ، فكأنه قد وكله فى الرؤية ، وإذا كان قد وكله فى الرؤية فقد أقامه مقامه فيها ، فتغنى رؤيته عن رؤيته وتترتب عليها كل الآثار . ومن المقرر أن القبض من العاقد مع الرؤية يسقط الخيار ، فكذلك قبض الوكيل بالقبض مع رؤيته يسقط الخيار ، ولا يصلح أن يقاس خيار الرؤية على خيار العيب والشرط ، لأن القبض فيهما لا يسقط الخيار ، إذ قبض الموكل نفسه لا يسقط الخيار ، فكذلك قبض موكله ، أما هنا فقبض الموكل مع رؤيته يسقط الخيار ، فكذلك قبض وكيله ، لأنه أقامه مقامه فيه .

٢٣٨ — ومن يثبت له خيار الرؤية فله الفسخ قبل الرؤية وبعدها ، وقد اتفق على أن له الفسخ بعد الرؤية للحديث : « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه » ومعنى ذلك أن له أن يختار العقد أو الترك ، فله الفسخ بعدها باتفاق من حكم بثبوت خيار الرؤية . أما قبل الرؤية فقد اختلف فيه فبعض الفقهاء قال إن له الفسخ قبل الرؤية كما له الفسخ بعدها، وهو الراجح عند الحنفية. وقال بعضهم إن الفسخ قبل الرؤية لا يجوز ، لأن سبب الخيار الرؤية ، فإذا أثبتنا له حق الفسخ قبلها فقد أثبتنا الخيار قبل وجود سببه ، وذلك لا يجوز في قضايا العقل ، لأن السبب لا يتقدم على مسببه ، وأن إمضاء العقد قبل الرؤية لا عبرة به فكذلك الفسخ قبلها يجب ألا يصح . ووجهة نظر من يقول إن الفسخ قبل الرؤية يصح أن العقد مع عدم الرؤية عقد غير لازم بمقتضى وجود خيار الرؤية فيه ، والعقد غير اللازم يجوز لمن هو غير لازم في جانبه أن يفسخه ، وأن السبب في وجود خيار الرؤية ليست هي الرؤية بل عدم الرؤية ، فالفسخ إذا حصل قبل الرؤية لا يحصل قبل وجود سببه ، بل بعده ، إذ سبب ثبوت الخيار عدم الرؤية ، وذلك حاصل عند العقد .

٢٣٩ — ويستمر حق الفسخ ثابتاً إلى أن تحصل إجازة للعقد وإمضاء له ، أو يموت من له الخيار ، وعلى ذلك يكون خيار الرؤية ليس له أمد محدود ينتهي إليه ، بل يستمر إلى أن تحصل إجازة أو موت من له الخيار ، وهذا هو الراجح عند أبي حنيفة وأصحابه ، وفي مذهب الشافعي قول : إنه يثبت في مجلس الرؤية فقط . فإذا انصرف عن مجلس الرؤية سقط ، وكان العقد باتاً ، وعنه قول آخر إنه يثبت فور الرؤية . وقال الكرخي وهو من فقهاء الحنفية إنه يثبت إلى وقت يتمكن فيه من له الخيار من الفسخ ، فإذا مضى بعد الرؤية ذلك القدر من الوقت سقط خيار الرؤية ، وهذه الأقوال الثلاثة متقاربة يقابلها القول الراجح عند الحنفية وهو أنه يثبت مطلقاً إلى الموت أو حصول الإجازة .

٢٤٠ – وإذا كان الراجح أن خيار الرؤية ليس له وقت معلوم عند الحنفية، بل يوقت بالإجازة فقط، فقد توسعوا في معنى الإجازة حتى لا يضار العاقد الثاني بهذا الخيار الذى ليس له وقت، ولذا قالوا إن الإجازة تحصل بالقول الصريح، وتحصل بكل ما يدل على الرضا، ومنه أن يقبض العين وهو يراها، ولا يفسخ، ومنه أن يتصرف فى العين تصرفاً يجعل للغير حقاً متعلقاً به، وعلى ذلك فالإجازة ثلاثة أقسام: (١) إجازة صريحة بالرضا بالعقد صراحة (٢) وإجازة بما يدل على الرضا دلالة من غير أن يتصرف تصرفاً يجعل حق غيره متعلقاً بالعين مثل القبض. (٣) وإجازة دلالة بتصرف يجعل حق غيره متعلقاً بالعين كبيعها بيعاً باتاً أو إجارتها أو رهنها أو هبتها، ويشبه هذه فى الأحكام هلاك العين أو نقصها أو زيادتها.

والقسمان الأولان لا يعتبران إجازة إلا إذا صدرا عمن له الخيار بعد الرؤية، أما إذا صدرا قبلها فلا اعتبار لهما، لأن الإجازة قبل الرؤية إذا اعتبرت كان معناها أنه إذا رأى فليس له خيار، وفى ذلك مناقضة لنص الحديث، لأنه يقول: من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه، ولأن ذلك يعتبر إسقاطاً للخيار، وهو ما جاء باشتراط العاقد، أو كان فى معنى الاشتراط فيسقط بإسقاط من اشترطه، بل جاء بأمر الشارع، فليس للعاقد إسقاطه.

أما القسم الثالث فيعتبر إجازة قبل الرؤية وبعدها، لأن تلك تصرفات أوجدت حقاً لغيره على وجه لا يمكن استرداده، أو يمكن ولكن بقضاء القاضى كما فى الهبة بغير عوض، فيتعذر حينئذ عليه فسخ العقد الأول ورده، فيسقط الخيار ضرورة. ولو تقايلا العقد أو رجع فى هبته لا يعود الخيار، لأن الساقط لا يعود [١]. ومثل ذلك فى تعذر الفسخ هلاك العين أو تعيبها أو نقصها أو زيادتها زيادة لا تقبل الانفصال، ففى هذه الحال يتعذر الفسخ

---

(١) راجع البدائع الجزء الخامس ص ٢٩٦، ٢٩٧.

فكانت كالقسم الثالث ، فى أنه يعتبر رضـــا بالعقد يسقط به الخيار قبل الرؤية وبعدها .

خيار العيب

٢٤١ — خيار العيب أن يكون لأحد العاقدين حق الفسخ بسبب عيب اطلع عليه فى المعقود عليه المعين بالتعين ، ولم يكن على علم به وقت العقد، فهو خيار إذن سببه عيب بمعقود عليه معين ، وهذا العيب حادث قبل القبض، ولم يكن عالماً به فى أثناء العقد ، ولم يرض به بعد العلم به . والسبب فى شرعية خيار العيب بإعطاء العاقد حق الفسخ بسبب العيب أن الاطلاع على عيب لم يكن معلوماً وقت العقد دليل على أن الرضا الذى نشأ بمقتضاه لم يكن على أساس صحيح ، لأن الرضا بالعقد قام على أساس السلامة من العيوب التى ليست ظاهرة معلومة للعاقدين ، فإذا ظهر عيب لم يكن معـــلوماً ، فقد انهار الأساس الذى قام عليه الرضا ، فشرع خيار العيب ، لتدارك الخلل الذى نال الرضا .

والدليل على أن السلامة أساس الرضا أن غرض العاقد من المعقود عليه المعين الانتفاع به ، وهو لا يكون كاملا إلا مع السلامة فكانت مطلوبة ، لأن الانتفاع الكامل مطلوب . وأن عقود المعاوضات تقوم فى الشريعة على المساواة بين العوضين فى نظر العاقدين ، وتحقيق المساواة فى مقابلة البدل بالبدل ، والسلامة بالسلامة ، وقد سلم أحد البدلين ، فوجب أن يسلم الآخر ، فكانت السلامة مطلوبة للعاقد ، ومطلوبة للشارع أيضاً لتحقق المساواة .

من كل هذا تبين أن الرضا قام على دعامة من السلامة ، فتخلفها يحدث خللا به ، والله يقول : « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا

أن تكون تجارة عن تراض منكم ، فإذا لم يتوافر الرضا أو حدث فيه خلل أوجب نقصه أعطى الشارع من اختل رضاه حق الفسخ[١] ، ليتدارك من أمره ما فاته .

هذا والعقد مع العيب من غير تبينه غش وتدليس ، والشارع لا يقر الغش والتدليس ، فيجب رفعه وشرع ما يزيله ، وذلك بشرع خيار العيب . ولقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لمسلم باع لأخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له » ، ويدخل خيار العيب عقود المعاوضة التي يكون فيها المعقود عليه معيناً بالتعيين ، ولا يدخل عقود المعاوضات التي يكون المعقود عليه غير معين كالسلم ، لأن العبرة في هذا النوع من العقود بتحقق الأوصاف المشروطة في المعقود عليه ، فإن تحققت قبض ، وإن لم تتحقق رد . وعلى ذلك يدخل خيار العيب العقود التي يدخلها خيار الرؤية ، ولا يدخل غيرها ، وقد بيناها آنفاً فارجع إليها .

٣٤٢ — والعيب الذي يثبت هذا الخيار هو الذي يوجب نقصان القيمة عند التجار ، لأن التضرر يكون بنقصان المالية ، والمقياس الذي تقاس به مالية الأشياء هو القيمة . فكل ما يوجب نقصاناً فيها يوجب نقصاناً في المالية ، وبهذا النقصان يكون العيب ، والمرجع في ذلك إلى أهل الخبرة فهم الذين يثبتون وجود العيب ، ويقررون مقدار تأثيره في القيمة .

---

(١) هذا هو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي . وقال ابن حنبل إن من له الخيار مخير بين أمور ثلاثة : إما إمضاء العقد ، وإما فسخه وإما الرجوع على العاقد الآخر بأرش العيب ، وهو ما أثبته من نقصان . واحتج له بأنه عيب ظهر ، والسلامة كانت مقدرة ، فكان له التعويض عما أوجده من نقص ، ولأنه فات بسبب العيب جزء من المبيع لأن العيب نقص المالية ، ونقص جزء منها نقص جزء من المبيع فكان له المطالبة به ، كما لو اشترى عشرة أرادب قمح فبانت تسعة (الشرح الكبير الجزء الرابع ص ٨٧) .

وليس كل عيب يوجب خيار العيب ، بل العيب الذى يثبته هو العيب الحادث قبل القبض الذى لا يكون العاقد على علم به ، ولا يثبت رضاه بعد العلم بشرط ألا يكون العاقد صاحب العين المعينة قد شرط البراءة من كل رد بعيب ، فإذا توافرت هذه الشروط فى العيب ثبت الخيار ، لأنه بثبوتها يتبين أن الرضا كان أساسه السلامة ، ولم يكن ثمة دليل على قبول المعقود عليه مع العيب ، فإذا ظهر العيب يختل الرضا ، وأما إذا لم تتم هذه الشروط ، فقد ثبت أن العاقد رضى بالعيب ، فإذا كان العيب معلوماً للعاقد وقت العقد فقد عقد على أساس وجوده ، وكان به راضياً ، وكذلك إذا رضى به بعد العلم ، لأنه إذا رضى بعد العلم فقد أسقط الخيار بعد ثبوته ، والساقط لا يعود . وإذا كان مالك العين قد اشترط فى صلب العقد أن يكون بريئاً من كل رد بعيب فمعنى ذلك أن السلامة لم تكن أساساً للرضا ، إذ أبعد فرضها صراحة ، فظهور العيب لا يحدث خللا فى الرضا ، فيكون العقد باتاً لازماً ، ولا حاجة إلى التخيير من جديد

٢٤٣ — وخيار العيب يثبت للعاقد الذى دخلت فى ملكه العين المعيبة التخيير بين أمرين :

(١) إما إمضاء البيع ، وإما فسخ العقد ، واسترداد العوض الذى دفعه ، وهذا إذا كان الفسخ ممكناً . أما إذا امتنع الفسخ ، كأن يكون قد زاد فى العين ، أو نقص منها ، وكان السبب فى الامتناع قد حدث قبل العلم بالعيب ، فى هذه الحال لا يكون لمن له الخيار الفسخ ، ولكن يكون له الرد بما أوجده العيب من نقصان فى الثمن[1] ، وذلك بأن تقدر قيمة الشىء معيباً ، وقيمته

---

(١) ويرى مالك فى حال النقص أنه يرد العين ، ويفسخ العقد مع تعويض العاقد الآخر عما أوجده هو من نقصان ، وذلك لأن رد البدل يعتبر رداً للمبدل منه ، فيرد العين زائداً ما سببه من النقص الذى أحدثه .

سليما ، وينقص الثمن بمقدار يعادل نسبة ما نقصه العيب من القيمة ، فإذا كانت قيمة العين سليمة عشرين ، وقيمتها معيبة خمسة عشر ، وكان الثمن ثمانية عشر ، ففى هذا الحال يعتبر العيب قد نقص القيمة بمقدار ربعها إذ خمسة عشر هى ثلاثة أرباع العشرين ، فينقص من الثمن ربعه كذلك ، فيكون الواجب ثلاثة عشر ونصف .

ووجه تخييره بين الفسخ والإمضاء فقط فى حال عدم امتناع الفسخ أن التضرر يمكن إزالته بالفسخ فيثبت ، إذ لو ألزمناه بالعين مع عيبها لكان فى ذلك ضرر به ، ولا يصح أن يمسكه ويأخذ بدل النقصان ، لأنه لا حاجة تضطرنا إلى ذلك ، إذ رفع الظلم ممكن بالفسخ ، فلا يلجأ إلى تعويض النقصان بسبب العيب الذى كان ثابتاً قبل القبض ، وذلك لأن النقصان بسبب العيب وصف من الأوصاف لا يقابله جزء من الثمن ، لأن الأوصاف لا يقسم الثمن عليها ، فلا يعوض عنها إلا عند تعذر رفع الظلم بغير تعويضها ، وقد أمكن رفع الظلم بغيرها فى حال عدم الفسخ ، ولأن الخيار سببه وجود خلل فى الرضا بعدم وجود السلامة التى كانت مقدرة عند إنشاء العقد ، والنتيجة المنطقية لهذا أن يعاد تخيير العاقد من جديد لمعرفة أهو راض بالعقد بعد العلم بالبيع أم غير راض فيفسخ ، وهذا بالبداهة لا يثبت إلا تخييراً بين أمرين لا ثالث لهما ، وهما الإمضاء أو الفسخ ، فإذا رضى لزم العقد ، وإذا لم يرض فسخ ولا وسط بينهما .

أما فى حال امتناع الفسخ بزيادة لازمة أو نقصان ، ففى هذه الحال لا يمكن رفع الظلم إلا بأن يعود من له الخيار بما أوجده العيب من نقصان فى القيمة فيلجأ إليه لأنه الطريق الوحيد لرفع الظلم . ولكن فى حال ما إذا كان امتناع الفسخ لنقصان حدث فى يد العاقد الذى يثبت له الخيار ، يكون للعاقد الثانى أن يختار أخذ العين ورد عوضها ، وذلك لأن منع الفسخ فى هذه

الحال لرفع الظلم عنه ، بأخذه العين وقد تعيبت بعيب جديد ، فإذا قبلها هو كذلك فما لأحد عليه من سبيل ، ويكون من له الخيار ليس له إلا الفسخ أو الإمضاء .

٢٤٤ — وامتناع الرد الذى يثبت معه حق الرجوع بتعويض عن النقصان بسبب العيب يكون بأسباب هى :

(١) النقص الذى يحدث فى يد من له الخيار بغير فعله .

(٢) والتغيير الذى يحدث بفعله كثوب يقطعه قبل العلم بالعيب أما الذى يحدثه بعد العلم بالعيب ، فهو دليل على الرضا ، ويصير إمضاء للعقد وإسقاطا للخيار .

(٣) والزيادة المتصلة كالسمن فى الدواب ، والزيادة المنفصلة المتولدة كنتاج الدابة ، فإن هذه أيضاً تثبت له الرجوع بالنقصان إذ تمنع الرد .

(٤) وكذلك كل زيادة يحدثها بفعله ولا تقبل الانفصال كصبغ الثوب وخياطته إذا أحدثها قبل العلم بالعيب ، فإنه فى هذه الأحوال كلها لا يعتبر راضياً بالعقد ، وابقاؤه ظلم له ، اكان له الرجوع بما أوجبه العيب من نقصان فى الثمن على ما بينا ، ولا يمكن الرد للتغيير الذى حدث ، إذ فى الرد مع النقص الحادث فى يد من له الخيار ظلم للعاقد الآخر ، وكذلك إذا حدث تغييراً ، وإذا حدثت زيادة بفعل من له الخيار يكون فى الفسخ ظلم له ، فلا يقدم عليه ، وبما أننا سلبناه الخيار من غير جناية جناها أو إسقاط له ، فلابد من تعويضه عن نقص العيب . والزيادة المنفصلة المتولدة ، كدابة تلد تمنع الفسخ أيضاً ، وذلك لأن ردها مع الزيادة رد لما هو غير معقود عليه ، لأن المعقود عليه هو الدابة وحدها ، فلا وجه لرد ولادتها معها ، كما لا يمكن رد الدابة منفردة ، لأن الفسخ ينسحب إلى وقت العقد ، فلا وجه لامتلاك من له الخيار هذه الولادة ، إذ سبب الملك قد بطل ، ولذلك امتنع الفسخ .

٢٤٥ – والفسخ يستمر حقا لمن له الخيار إلا إذا امتنع الفسخ للأسباب السابقة أو حصل الرضا ، وفى حال امتناع الفسخ يكون لمن له الخيار حق الرجوع بنقصان العيب كما بينا ، وفى حال الرضا يسقط الخيار ، ولا يرجع بشيء . والرضا المعتبر هو الرضا بالعقد بعد العلم بالعيب، وقد يكون صراحة ، وقد يكون بالدلالة لا بصريح العبارة ، والصريح مثل أمضيت العقد ، أو رضيت به ، أو أوجبته ، أو ألزمت نفسى به ، والرضا دلالة أن يكون من صاحب الخيار بعد العلم بالعيب تصرف يدل على الرضا بالعقد ، كأن يكون المعقود عليه ثوباً ، فيصبغه ، أو أرضا فيبنى عليها . أو حنطة فيطحنها ، أو يبيعه ، أو يهبه هبة صحيحة ، ونحو ذلك من التصرفات التى تدل على إقرار البيع والرضا . ومنها استعماله بعد العلم بالعيب كأن يكون دابة فيركبها وهكذا .

الفسخ بالخيارات وحاجته إلى القضاء

٢٤٦ – اتفق الفقهاء على أن الفسخ بخيار الشرط والرؤية والتعيين على قول من يثبت خيار التعيين – يتم من غير حاجة إلى قضاء القاضى أو رضا العاقد الآخر ، أما خيار العيب فقد اتفقوا أيضاً على أنه إذا حصل الفسخ قبل القبض لا يحتاج إلى قضاء ؛ لأنه ليس إلا امتناعاً عن التسلم ، والمعقود عليه معيب ، وذلك حقه بلا ريب ، ولأن الصفقة قبل القبض ليست بتامة من كل الوجوه ؛ لأنها على خطر البطلان بهلاك المبيع قبل القبض ، وذلك يبطل العقد ، وإذا كانت الصفقة لم تتم قبل القبض على هذا التخريج ، فالفسخ بالعيب قبله لا يحتاج إلى القضاء .

أما الفسخ بخيار العيب بعد القبض فقد اختلف فيه الفقهاء ، فأبو حنيفة وأصحابه يرون أنه محتاج إلى القضاء ، والشافعى وأحمد بن حنبل يريان أنه

لا يحتاج إليه ، وحجتهما أن الفسخ رفع لعقد مستحق للرفع فلا يحتاج إلى القضاء ، لأن الشارع جعله غير مستحق للبقاء إن أراد من له الخيار ، ولأنه بإثبات الخيار فيه يصير العقد غير لازم ، والعقد غير اللازم ينفرد أحد العاقدين بفسخه من غير حاجة إلى قضاء .

واحتج أبو حنيفة بأن العقد قد تم بالقبض ، وثبتت كل أحكامه ، ومتى صار العقد على هذه الحال لا يرفع إلا بأحد أمرين بقضاء يرفعه ، أو بإقالة يتراضيان عليها ، ولا إقالة هنا ولا تراضى ، فلم يبق إلا حكم القضاء بالفسخ تنفيذاً لأحكام الشرع ، وأيضاً فإن ثبوت العيب، وتحقق كونه عيباً ، ثم تحقق كونه حدث قبل القبض ، وعدم حصول رضا من العاقد ، كل هذه مسائل يجرى التشاح بين الناس فيها ، وتختلف الأنظار حولها ، ولا رافع للنزاع والخلاف إلا القضاء فاحتاجت إليه .

وعلى ذلك يكون الفرق الذى كان سبباً فى اختلاف حكم الفسخ بخيار الشرط والرؤية عن خيار العيب يقوم على أمرين (أحدهما) أن خيار الشرط والرؤية لا تتم معها الصفقة فلا تحتاج فى الفسخ إلى القضاء ؛ ولا تتم الصفقة مع خيار الشرط ، لأن الأحكام لا تثبت فى حق من له الخيار ، ولا تتم الصفقة مع خيار الرؤية ؛ لأن عدم الرؤية يجعل الصفقة غير تامة ، أما خيار العيب فالصفقة تتم معه ما دام العلم بالعيب كان بعد القبض . (ثانيهما) أن خيار الشرط والرؤية لا تجرى المشاحة والخلاف فى سببهما غالباً ؛ لأنه معلوم معين ، أما خيار العيب فسببه ، وهو العيب موضع نظر أهل الخبرة ، ويجرى فيه التشاح والتنازع غالباً ، فاحتاج الفسخ فيه إلى القضاء ، ومن الخير أن ينظر القضاء فى أول أدوار الخلاف . بدل أن ينظر بعد تفاقمه .

وراثة الخيار

٢٤٧ — قال الشافعي إن كل الخيارات تورث فإن مات من له حق الخيار لا يصير العقد باتاً لازماً ، بل ينتقل الحق إلى ورثته . وقال أبو حنيفة وأصحابه : إن خيار العيب والتعيين يورثان ، وخيار الشرط والرؤية لا يورثان ، فإذا مات من له خيار شرط أو رؤية يصير العقد باتاً لازماً .

احتج الشافعي لرأيه بأن الورثة خلفاء الميت في كل ما تركه من حقوق وأموال ، لقوله عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقاً فلورثته ، والاختيار حق للميت متعلق بمال من أمواله فيثبت للورثة ؛ لأن الأرث صفة للوارث تجعل الحق ينتقل إليه ، ثم هو حق متعلق بالأموال فينتقل تابعاً لها ، وأيضاً فإن خيار الشرط والرؤية يتشابهان مع خيار العيب ، لأنها جميعاً علة الفسخ وخيار العيب يورث ، فخيار الشرط والرؤية يورثان أيضاً .

واحتج الحنفية بأن خيار الرؤية والشرط ليسا في معناهما إلا رضا العاقد أو عدم رضاه ، والرضا مشيئة وإرادة ، وهما لا تورثان ، لأنهما حالان خاصتان بنفس المورث تذهبان معه بموته . ثم إنه ثبت الخيار في الشرط والرؤية للوارث فبأي وصف يثبتان له ؟ لا جائز أن يثبتا له ابتداء ، لأنهما يثبتان للعاقد ، وليس هو العاقد ، ولا يثبتان بالخلافة ، لأنهما إرادة العقد أو عدم إرادته ، وذلك لا يقبل الخلافة كما بينا .

أما خيار العيب والتعيين فليسا إرادة ومشيئة فقط ، بل هما حقان متعلقان بالعين ، لأن خيار العيب معناه حق سلامة العين ، وخيار التعيين معناه حق تعيين الشيء المملوك من شيئين أو ثلاثة . ولما كانت العين تنتقل إلى الورثة . فلابد أن ينتقل معها ما هو لازم لها ، فهم ورثوا من مورثهم عيناً سليمة . وعيناً قابلة للتعيين من بين اثنين أو ثلاثة ، لذلك ورثوا خيار التعيين والعيب .

وفي الحق إن الخلاف بين الحنفية والشافعية في مسألة الخيارات قائم على الخلاف بينهم في وراثة الحقوق ، فالشافعي يورث كل الحقوق سواء أكانت مشيئة وإرادة كخيار الشرط ، وحق الشفعة ونحو ذلك ، والحنفية لا يورثون إلا الحقوق المالية ، ولذا لم يورثوا خيار الشرط ولا الشفعة ، وقد ذكرنا ذلك في الأموال فارجع إليه .

عيوب العقد

٢٤٨ — نقصد بعيوب العقد الأمور التي تحيط بإنشاء العقد ، فتؤثر في الرضا بأن تعدمه ، أو تجعله على أساس غير صحيح من العلم ، فكل ما يحيط بإنشاء العقد ، ويؤثر في الإرادة ، فيعدم الرضا ، أو يجعل تكوين الرغبة تحت تأثير جهل بحال الشيء ، أو تغرير فيه فهو عيب من عيوب العقد يؤثر فيه ، فيكون لمن حصل في جانبه ما أعدم رضاه ، أو جعله تحت تأثير خطأ أو تغرير — الحق في فسخ العقد . وتلك العيوب التي تؤثر في الإرادة ذلك التأثير أنواع كثيرة مختلفة ، مرجعها إلى ثلاثة : الإكراه ، والخطأ ، والغبن مع التغرير .

الإكراه

٢٤٩ - الإكراه معناه في اللغة إيقاع الكره ، فمعنى أكرهت فلاناً أتيت ما يكرهه ، وأوقعته فيه وحملته عليه . وهذا المعنى اللغوي هو الأصل للمعنى الشرعي ؛ لأن معناه في الشريعة دعوة الإنسان غيره إلى فعل من الأفعال أو قول من الأقوال بالإيعاد والتهديد ، وإنزال الأذى الشديد إن لم يجب داعيه ، ولا يتحقق الإكراه إلا إذا كان المكره قادراً على تنفيذ ما هدد به ، وأن يغلب على ظن المكره تنفيذه ما هدد به ، فإذا لم يتحقق أحد هذين الأمرين لم يتحقق الإكراه ، لأنه إن كان المكره غير قادر على إيقاع وعيده ، فكلامه لغو

لا يلتفت إليه ، وليس من شأنه أن يحمل شخصاً على أن يفعل مالا يريد ، فلا ضرورة تلجئه للعمل إن عمل فإذا عمل مع ذلك كان راغباً لا راهبا . وإن لم يقع فى نفس المكره تنفيذ المهدد لوعيده كان فعله برغبته أيضاً ، فيكون الرضا متحققاً .

٣٥٠ — ولقد قال أبو حنيفة : إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان. وقال الصاحبان إن الإكراه يتحقق من السلطان وغيره ، وذلك لأن الإكراه ليس إلا إيعاداً بإنزال المكروه والأذى الشديد إن لم يفعل ، وذلك يتحقق من كل قوى جبار مسلط . ووجهة أبى حنيفة أن غير السلطان لا يستطيع إيقاع ما هدد به ، لأن المكره يستطيع أن يستغيث ، فيدركه الغوث إن لم يكن المهدد سلطاناً ، لأن الناس يغيثون من يؤذيه غير السلطان ، والسلطان يغيثه ، وأما من يؤذيه السلطان ، فلا غوث له ، ولا يُصرِخه أحد .

ولقد جاء فى البدائع « قيل إنه لا خلاف بينهم فى المعنى ، إنما هو خلاف زمان ، ففى زمن أبى حنيفة رضى الله عنه لم يكن لغير السلطان قدرة على الإكراه ، ثم تغيرت الحال فى زمانهما ، فغير الفتوى على حسب الحال ، والله سبحانه وتعالى أعلم » .

٣٥١ — والإكراه قسمان إكراه ملجىء ، وإكراه غير ملجىء ، فالإكراه الملجىء ما يكون التهديد فيه بقتل النفس ، أو إتلاف عضو من الأعضاء ، أو ضرب مبرح شديد يخاف منه تلف النفس ، أو العضو[1] أو إتلاف المال

---

(١) لم يذكروا حداً لعدد الضرب الذى يخشى منه تلف النفس أو العضو وبعضهم قدره بعدد ضربات الحد ، وأنه غير سديد ؛ لأن المعول عليه تحقق الضرر الملجىء ؛ فإن تحقق فلا معنى لتعيين العدد (البدائع ٧ — ١٧٥) .

جميعه ، فإذا كان التهديد بشيء من هذا فالإكراه ملجيء ، إذ يكون المكره كآلة فى يد المكره وإن كان التهديد بما دون هذا كإتلاف بعض المال أوضرب لا يؤدى إلى تلف النفس أو العضو فالإكراه غير ملجيء ، فكل ما يكون تهديداً بأذى ينال النفس غير ما ذكر فى القسم السابق يعد من القسم الثانى ، وإن كان الأذى يسير لا يبالى بمثله عادة فلا يعتبر التصرف أو الفعل تحت تأثير إكراه مطلقاً ، وحـــدود الأذى الذى لا يبالى به عادة ، والأذى الذى يكون التهديد به إكراهاً لا يمكن ضبطها ، ولا وضع رسوم واضحة لها ، والأولى تركها لتقدير القضاه . ولذا جاء فى الزيلعى فى هذا المقام ما نصه : « ليس فى ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص ؛ لأن نصب المقادير بالرأى ممتنع ، بل ذلك مفوض إلى رأى الإمام ، لأنه يختلف باختلاف أحوال الناس ، فمنهم من لا يتضرر إلا بضرب شديد ، وحبس مديد ، ومنهم من يتضرر بأدنى شيء كالشرفاء والرؤساء يتضرر بضربة سوط أو عركة أذن ، ولا سيما فى ملأ من الناس أو بحضرة السلطان ، فيثبت فى حقه الإكراه بمثله ، لأن فيه هواناً وذلا أعظم من الألم » .

٣٥٢ — والإكراه بقسميه يعدم الرضا ؛ لأن الرضا رغبة النفس فى الفعل أو التصرف الشرعى ، وليس مع الإكراه رغبة. أما التفرقة بين القسمين ، فهى فى الاختيار ، فغير الملجيء لا يمسه عند الحنفية ، لأن الاختيار عندهم هو القصد إلى الفعل ، وذلك متحقق فى غير الملجيء ، أما الملجيء فهو يمس الاختيار ، ولا يعدمه ؛ لأن القصد موجود ولكن يفسده . وهما من حيث التصرفات القولية لا فرق بينهما ، وأما من حيث الأفعال فبينهما فرق ليس هذا موضعه ، فليرجع إليه[1] فى أمهات كتب الفقه .

---

(١) خلاصته أن الإكراه غير الملجيء ليس له أثر فى إسقاط أحكام الأفعال . أما =

وإنما الذى يهمنا هو الأقوال ، ويهمنا على التحقيق التصرفات الإنشائية منها ، وهذه التصرفات بالنسبة للإكراه قسمان بيناهما فى الكلام فى الرضا : القسم الأول تصرفات ليس الرضا بشرط لانشائها ، وهى النكاح والعتاق والطلاق والأيمان ، فإن هذه تصرفات لا يشترط الرضا لإنشائها عند الحنفية على نحو ما بينا ، والقسم الثانى تصرفات يشترط الرضا لصحتها ، وهى سائر التصرفات غير ما ذكر .

فأما القسم الأول ، فقد علمت أنه موضع خلاف بين الحنفية وغيرهم ، وهو يقوم على وجود الاختيار وعدم وجوده ، فالشافعى يرى أن الاختيار لا يوجد من غير رضا ، إذ الرضا والاختيار متلازمان ، فما لم يتحقق الرضا لا يتحقق الاختيار ، وعلى ذلك لا يتحقق القصد إلى العقد عند فقد الرضا ،

= الملجىء فله أثر ، لأنه يسقط أحكام بعض الأفعال . والأفعال بالنسبة له تنقسم إلى أربعة أقسام ، وذلك بحسب قوة تحريم الشارع لها ، واحتماله السقوط وعدم احتماله (القسم الأول) أفعال منعها الشارع ، ولكن جعل المنع قابلا للسقوط ، وهذه يسقط تحريمها عند الإكراه الملجىء ، كشرب الخمر ، وأكل الخنزير ، فانها محرمة تحريماً يقبل السقوط عند الاضطرار ، فيسقط بالإكراه (القسم الثانى) أفعال الشارع حرمها حرمة لا تقبل السقوط كالقتل والزنى ، لأن القتل لا يحل لضرورة ما ، فلا يحل بالإكراه ، لأنه لا يصح أن يجعل إتلاف نفس غيره طريقاً لصيانة نفسه ؛ والزنا مثل القتل فى ذلك . وللفقهاء اختلاف طويل فى وجوب القصاص والحد فليرجع إليه (القسم الثالث) منع لا يحتمل السقوط ، ولكن الشارع رخص فيه باسقاط المؤاخذة عند الإكراه الملجىء ، وذلك هو النطق بكلمة الكفر ، فهو حرام حرمة لا تقبل السقوط ، ولكن رخص الشارع فى النطق ، ولذا إذا امتنع المكره عن النطق بها أثيب ، بخلاف القسم الأول ، فانه إذا امتنع عند الإلجاء يكون عاصياً ، وإذا نطق هنا مضطراً لم يؤاخذه الله (القسم الرابع) منع يحتمل السقوط ، ولكن فى حال عدم السقوط تجرى فيه الرخصة ، وذلك مثل حقوق العباد الخالصة ، غير القصاص ، فهى تقبل السقوط باسقاط صاحبها ، وتجرى فيها الرخصة عند عدم السقوط ؛ فمن أكره على إتلاف مال الغير يرخص له فى الإتلاف ، والأرش على المكره المهدد ، لأن الفاعل كالآلة فى يده ، والدليل على أن المنع مرخص فيه عند الضرورة أن من كان فى مخمصة شديدة يباح له الأكل من مال غيره ، وله أن يقاتله عليه بغير سلاح على ما بينا فى الحقوق (كشف الأسرار ج ٤ — ١٥٠٧) .

فإذا كان ثمة إكراه لا يتحقق اختيار ولا قصد لإنشاء العقد، فالألفاظ تفقد معناها، فلا ينعقد العقد بها، لأن المكره ماقصد إلى إنشاء عقد، بل قصد إلى إنقاذ نفسه، وذلك معنى ثابت في التصرفات كلها، سواء أكانت نكاحا أم غيره. أما الحنفية فيرون أن الاختيار قد وجد مع الإكراه، لأن الاختيار لا يستلزم الرضا، وإذا وجد القصد إلى العقد والألفاظ الدالة عليه، فقد وجد العقد، والنكاح وأخواته تصرفات لا تنفصل أحكامها عن أسبابها وهي الصيغ؛ فبمجرد وجودها تثبت أحكامها كاملة، وإنما الرضا موضع تأثيره إنما هو في ثبوت الأحكام لا في وجود العقد، فلما كانت الأحكام توجد فور وجود العقد في النكاح وأخواته لم يكن للرضا تأثير في أحكامه، فصحت مع فقد الرضا.

هذا هو فقه الخلاف في انعقاد النكاح وأخواته مع الإكراه وصحته عند الحنفية وعدم صحته مع الاكراه عند الشافعي.

٣٥٣ — والفقهاء يسوقون أدلة للشافعي في هذا، وأدلة للحنفية فلنذكرها: وقد استدل للشافعي رضي الله عنه أولا بقوله صلى الله عليه وسلم «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه» فلزم أن يكون حكم كل ما أكرهوا عليه عفواً، بمعنى أن يكون ساقطاً لا يؤاخذون به، فتسقط أحكام كل التصرفات الشرعية التي تكون مع الإكراه، سواء أكانت نكاحا أم غيره، وإذا لم تكن لها أحكام مع الإكراه فهي منعقدة. (وثانياً) بما بيناه من أن التصرف مع الإكراه لا يقصد بالتصرف ما وضع له، وإنما يقصد دفع الأذى عن نفسه، فلم يوجد القصد ولا الاختيار، لأن الاختيار لا يتحقق من غير رضا عنده، واستدل للحنفية بعموم النصوص المثبتة لهذه العقود، وهي تشمل ما يكون منها مع الإكراه، وما لا يكون معه إكراه، وأن التصرفات القولية تنعقد بالقصد، وتتأخر الأحكام عند عدم وجود الرضا،

كالعقود مع خيار الشرط ، والنكاح وأخواته لاتقبل انفصال الأحكام وتأخيرها عن الصيغ ، بل توجد الأحكام فور الصيغة كما بينا ، فلا حاجة فيها إلى الرضا (١) .

٣٥٤ — هذه أحكام التصرفات التى لاتقبل النقض ، أما التصرفات الأخرى مثل البيع والإجارة والشراء ، فقد اتفق الفقهاء على أنها لاتكون صحيحة نافذة مع الإكراه ، ولكن اختلفوا بعد ذلك على ثلاثة أقوال (أولها) قول الشافعى وبعض الفقهاء أن العقد يكون فاسداً أو باطلا ، ولا يقبل الاجازة بعد زوال الإكراه ، لأن العقد لم يصح مع الإكراه ، وإذا لم يصح فهو لم ينعقد ، وأساس هذا القول أنه لافرق عند أصحابه بين الفاسد والباطل. (ثانيها) قول أبى حنيفة وصاحبيه أنه يكون فاسداً ، ولكن إذا حصل الرضا بعد زوال الإكراه يصير صحيحاً . (ثالثها) قول زفر ، وهو أن العقد مع الإكراه يكون موقوفاً على اجازة العاقد المكره بعد زوال الإكراه ، وثمرة الخلاف بين زفر وبين الإمام وصاحبيه تظهر فى صور ، منها إذا باع شخص عيناً تحت تأثير الإكراه ، فقبضها المشترى ، أتكون فى ملكه أم لا تدخل فى ملكه ؟ قال زفر لاتدخل ، لأن العقد الموقوف لايثبت أحكاماً قط قبل

---

(١) وإذا وقع الطلاق مع الإكراه إن كان قبل الدخول رجع على من أكرهه (إذا كان الإكراه ملجئاً) — بنصف المهر ، لأن نصف المهر كان بالطلاق ، وهو كان كالآلة فى يده فيه ، فالطلاق منسوب اليه بالنسبة لاتلاف هذا المال ، فيرجع عليه به . وإذا انعقد النكاح مع الإكراه ، وكان بمهر المثل أو أقل لزم المهر المسمى ، وإذا كان المسمى أكثر من مهر المثل لم تصح الزيادة ، لأن التسمية لا تصح مع الإكراه ، إذ تسمية المهر تعتبر تصرفاً ماليا ، فلابد من الرضا فيها ، فلا تثبت الزيادة ، وثبت مهر المثل ، وكأن العقد لم يسم فيه شيء . هذا إذا كان المكره هو الزوج ، أما إذا كان المكره هو الزوجة ، فالمهر لازم إذا كان المسمى مهر المثل أو أكثر . وإن كان أقل من مهر المثل لايطالب بمهر المثل قبل الدخول ، ولها طلب التفرقة لنقصان المهر اذ زال الإكراه ، ويسقط حق طلب التفرقة بالرضا صراحة أو دلالة ، وإذا دخل بها بالإكراه وجب تكميل مهر المثل ، ويستحق بالدخول (البدائع السابع ص ١٨٥) .

الإجازة ، وقال أبو حنيفة وصاحباه يملكه ، لأن البيع الفاسد يثبت به الملك إذا حصل معه قبض .

وحجة الأصحاب الثلاثة أن عقود المبادلات المالية إذا حصلت مع الإكراه كانت حاصلة مع النهي عنها لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » والنهي هنا لوصف زائد عن ركن العقد ، وإذا كان النهي واقعاً على وصف للعقد ، فالعقد معه فاسد . وركن العقد قائم لا خلل فيه ، لأن العقد صدر عن أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه ، فالعقد ، غير أن الذي أوجد الخلل فأفسد العقد هو عدم الرضا ، والرضا أمر يتعلق بالعاقد المكره ، فإذا ثبت الرضا بعد زوال الإكراه ، فقد زال سبب النهي ، فسلم العقد من الخلل ، وبذا يصير صحيحاً .

وحجة زفر أن العقد مع الإكراه لو كان فاسداً ما ارتفع الفساد بالإجازة ، لأن الفاسد لا تجعله الإجازة صحيحاً . إنما الذي تلحقه الإجازة هو الموقوف ، فكان كعقد الفضولي .

الغلط

٢٥٥ — الغلط معناه هنا أن يذكر محل العقد المعين موصوفاً بوصف ، ثم يتبين أن هذا الوصف غير متحقق فيه[1] كمن يشترى داراً على أنها مبنية بالآجر ، فتبين أنها مبنية باللبن ، وكمن يشترى ثوباً على أنه حرير فيتبين أنه غير حرير ، أو على أنه حرير طبيعي ، فيتبين أنه حرير صناعي ، ففي كل هذا يحصل خطأ في المعقود عليه ، ولا شك أن الغلط على هذا الشكل يؤثر في الرضا ، لأن الرضا مقدر بحال ، ومفروض وجوده لفرض وجودها ؛ فإن تخالفت

---

(١) يذكر الخطأ في تكوين العقد في القانون بمعنى أوسع من هذا فيشمل خطأ أحد العاقدين فيما يتعلق بالعاقد الآخر ، كأن يكون فاهما أنه مالك ، فيتبين أنه فضولي . أو يفهم أنه كامل الأهلية فيتبين أنه ناقصها ونحو ذلك . أما في الشريعة فأحكام تلك المسائل تذكر في مواضعها من النيابة ، ولا يتكلمون في الغلط إلا إذا كان في محل العقد .

الحقيقة الواقعة عن الحال المقدرة التي كان الرضا منصباً عليها ، فالرضا بالواقع المستقر لم يثبت إذاً ، فإذا كان العقد مما يشترط لصحته الرضا ، فقد حصل الخلل فيه ، بل إن الغلط لا يقتصر تأثيره في الرضا ، بل قد يترتب على الغلط الحكم بعدم وجود المعقود عليه ، فيبطل العقد ، لأن المعقود عليه معدوم ، كمن اشترى حلية على أنها من الماس ، فيتبين أنها من الزجاج ، فهذا الخطأ يترتب عليه أن عقد البيع وقع باطلا ، لأن محل العقد ، وهو حلية الماس غير موجود ، بل معدوم فيكون العقد باطلا .

٢٥٦ — وعلى ذلك نقول إن الغلط في العقد قسمان : (١) غلط يترتب عليه بطلان العقد (٢) وغلط لا يترتب عليه البطلان ، بل يترتب عليه أن يكون العقد غير لازم بالنسبة لمن وقع الغلط في جانبه ؛ فيكون له الحق في فسخ العقد .

فأما القسم الأول ، فيكون إذا كان المذكور عند إنشاء العقد جنساً ، يختلف عن جنس المعين المشار إليه عند العقد كالماس والزجاج ؛ فإن الماس جنس يخالف الزجاج ، أو إذا كانا من جنس واحد ، ولكن يختلف الانتفاع بالموصوف عن المعين المحسوس اختلافاً بيناً كالدار المبنية بالآجر والدار المبنية باللبن ، فإنهما من جنس واحد ، ولكن يتفاوت الانتفاع فيهما تفاوتاً بيناً ، فإذا تخالف المذكور عن المشار إليه المعين ذلك التخالف ، فالعبرة في العقد بالمذكور الموصوف ، فهو المعقود عليه . والتعيين بالإشارة لا يلتفت إليه ، بل يعتبر ملغى ، وإذا كانت العبرة بالمذكور بالاسم ، وهو غير موجود ، بل معدوم وقت العقد ، فيكون العقد قد ولد باطلا ، فلا يلحقه رضا بعد ذلك[1] .

---

(١) ذكر الزيلعي خلافا في كون العقد مع هذا النوع من الغلط يكون باطلا أو فاسداً فقال في هذا الغلط في البيع : « يقع البيع باطلا عند بعض المشايخ ، لأنه معدوم ، وبيع المعدوم لا يجوز إلا في السلم . وقال بعضهم إنه فاسد ، وهو اختيار الكرخي ، لأنه باع المسمى وأشار إلى غيره ، فصار كأنه باع شيئاً بشرط أن يسلم غيره ، وذلك فاسد .

أما القسم الثانى فيكون إذا كان المذكور فى العقد لم يختلف عن المعين المشار إليه بالحس فى الجنس ، ولم يختلف الانتفاع فيهما اختلافاً بين التفاوت ، كمن يشترى حيواناً على أنه ذكر ، فتبين أنه أنثى أو العكس ، ففى هذه الحال لا يكون العقد باطلا ، بل يكون صحيحاً ، ولكن من حصل الغلط فى جانبه يكون له الحق فى فسخ العقد ؛ لفوات وصف مرغوب فيه ؛ إذ لم يتم العقد بهذا الوصف الذى تبين أن المعقود عليه موصوف به ، وقد تخلف المذكور عند إنشاء العقد ، فلابد لتمام الالتزام من رضا جديد بالحال التى ظهرت وتبينت ، وذلك بإعطاء العاقد الذى كان الغلط فى جانبه حق الفسخ .

هذا وإن حكم الغلط فى القسم الأول يسرى فى العقود كلها وأما القسم الثانى فتسرى أحكامه فى العقود التى يشترط لها الرضا .

الغبن والتغرير

٢٥٧ — الغبن هو النقص ، والمراد به أن يكون أحد العوضين مقابلا بأقل مما يساويه فى الأسواق ، كمن يبيع داراً بخمسمائة ، وقيمتها ستمائة أو يشتريها شخص بسبعمائة وقيمتها ما ذكرنا ، أو يستأجر دار بعشرة جنيهات فى الشهر وأجرة مثلها ثمانية .

أما التغرير فهو أن يجعل العاقد فى حال يعتقد معها أنه أخذ الشىء بقيمته والحقيقة غير ذلك ، كأن يجىء دلال فيبين للعاقد أن قيمة المعقود عليه تعادل كذا من الجنيهات ، فيدخل فى عقد المعاوضة تحت تأثير ذلك البيان الكاذب . والتغرير لا أثر له فى العقود إلا إذا ترتب عليه غبن ، فيقوى حكم الغبن ، فليس له إذن أثر فى الرضا إلا إذا ترتب عليه غبن .

والغبن قسمان : غبن يسير ، وغبن فاحش ، والحد الفاصل بينهما أن الغبن اليسير ما يدخل فى تقويم المقومين أى تقدير أهل الخبرة فى المعقود

عليه ، والفاحش مالا يدخل في تقويم المقومين ، فإذا باع شخص عقاراً بألف ، وقدره بعضهم بثمانمائة ، وبعضهم بتسعمائة ، وبعضهم بألف فالغبن يسير ، وإذا قدره الجميع بما دون الألف فالغبن فاحش ، بالنسبة للمشترى ، وإذا قدره الجميع بما فوق الألف ، ولم يقدره أحد قط بألف أو دونها فالغبن فاحش بالنسبة للبائع . وهذا الفاصل قد ارتضاه كثيرون من الفقهاء ؛ لأن ما يدخل تحت تقويم المقومين ليس النقص فيه متحققاً ، فكان احتمالياً ، ولذا كان يسيراً ، وإن لم يدخل تحت تقويم المقومين يكون النقص متحققاً ، فيعتبر فاحشاً . ولقد قدر الغبن اليسير بتقديرات منسوبة إلى قيم الأشياء ، فيروى أن محمد رضى الله عنه قدر الغبن اليسير بما لم يزد عن نصف عشر القيمة ، والفاحش ما زاد عنه ، ولكن قال الجصاص فى هذا « إنه لم يخرج مخرج التقدير فى الأشياء كلها ، لأن ذلك يختلف باختلاف السلع ومنها ما يعد أقل من ذلك غبناً فيه ، ومنها ما يعد أكثر من ذلك غبناً فيه .

وقد قدر نصر بن يحيى اليسير فى العروض بما لا يزيد عن نصف العشر (٥ ٪) وفى الحيوان بما لا يزيد عن العشر (١٠ ٪) ، وفى العقار بما لا يزيد عن الخمس (٢٠ ٪) [١] وفى كل ماله سعر معين بما لا يزيد عنه أو ينقص . وأساس اختلاف التقدير فى هذه الأجناس هو مقدار التفاوت بين تقديرات المقومين فيها ، فالعقار يختلفون فيه كثيراً ، والحيوان قليلا ، والعروض أقل ، وماله سعر محدود لا يختلفون فيه قط ، وعلى هذا نستطيع أن نقول : إن أساس هذا التقدير هو الفاصل الأول ، وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين ، وما لا يدخل .

٣٥٨ — والغبن اليسير يغتفر فى العقود كلها ، لأن كونه غبناً غير متحقق ، والشىء المحتمل الوجود ، ولو على طريق الظن لا يكون سبباً فى إبطال أو إيجاد

---

(١) البدائع الجزء السادس ص ٣٠ . هذا وبعض المذاهب يحد الغبن اليسير بما دون الثلث ، لقوله عليه السلام « والثلث كثير » وبعضهم يحده بما دون السدس .

خلل فى أمر محقق الوجود ، وهو العقد ، ولأن الغبن اليسير يقع كثيراً فى العقود ، فكان سهل الاحتمال ، ولا ظلم فيه . وقد استثنى مسائل ، منها بيع التركات المدينة بدين مستغرق فى مرض الموت ، فإذا باع المريض بعض أمواله بغبن ولو يسيراً وتركته مستغرقة بالدين ، ثم مات فى مرضه هذا كان للدائنين أن يفسخوا البيع إلا أن يزيد المشترى بما يدفع الغبن [1] ؛ وذلك لأن حق الدائنين تعلق بمالية تركة المريض ، ومالية الأشياء تقدر بقيمتها ، فلا بد إذن أن نسلم لهم القيمة ، فإذا نقصت ولو بمقدار يتسامح الناس فيه عادة كان من حقهم المطالبة بسد هذا النقص .

أما الغبن الفاحش ، فإنه يؤثر فى العقود التى يكون موضوعها أموال الأوقاف أو أموال المحجور عليهم ، أو أموال بيت المال ، لأن التصرف فى هذه الأنواع من الأموال يجب أن يكون فى دائرة المصلحة لها ، والفائدة الراجحة ، وليس من المصلحة فى شىء أن تعقد هذه العقود مع ما فيها من غبن فاحش ؛ ولذا جاء فى الدر المختار « إن بيع الوصى مال اليتيم بغبن فاحش باطل ، وقيل فاسد ، ورجح [2] ومثله التصرف فى الوقف ومال بيت المال .

أما فيما عدا المسائل المستثناة ، ومنها ما سبق ، فالغبن الفاحش اختلف فيه على ثلاثة أقوال :

قال بعضهم إن المغبون ليس له حق الفسخ ، والعقد لازم مالم يمنع اللزوم سبب آخر ، وهذا الرأى هو المروى فى كتب ظاهر الرأى ، وهو رأى أكثر الأئمة . ووجهته أن عقود المبادلات وهى التى يجرى فيها الغبن عقود لازمة ، فيجب أن تصان عن الفسخ ما أمكن ، ولو أبيح لكل من يناله غبن فى بيع أن يفسخ لصعب الإلزام بها ، ولجرى التشاح والنزاع فى لزومها كثيراً ،

---

(١) كتاب المعاملات لأستاذنا الجليل الأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك .

(٢) رسائل ابن عابدين الجزء الثانى ص ٧٤ .

ومن جهة أخرى إما أن يكون المغبون قد علم بالغبن وقت العقد أولا ، فإن كان عالما بالغبن وقت العقد فقد أقدم على بينة من أمره ، فالرضا بالعقد تام من كل الوجوه ، وإما أنه غير عالم بالغبن وقت العقد ، وفى هذه الحال كان يمكنه أن يعلم لو تأنى ولم يتسرع فهو المقصر فى حق النفس ، وعليه أن يذوق مغبة تقصيره ، ويبقى للعقود احترامها وصيانتها عن البطلان (١) .

وقال بعض الفقهاء للمغبون حق الفسخ بسبب هذا الغبن مطلقاً ، وهذا الرأى اختاره بعض الفقهاء ، ووجهه أن المغبون مظلوم ، والظلم يجب رفعه ، ومن جهة أخرى فمستحيل أن يرضى شخص بأن يظلم ، فلا بد أنه أدخل عليه ، وذلك يدل على أن كل غبن فاحش هو ضد الرضا إلا إذا كان من رضى به فى عقله دخل .

وقال بعض الفقهاء ، وهو أعدل الأقوال وأمثلها إن كان الغبن بتغرير من العاقد الآخر أو دلال فللمغبون الحق فى فسخ العقد ، لأن الغبن كان نتيجة تضليل وغش فكان المغبون معذوراً ، وكان رضاه على فرض عدم الغبن ، فإذا

---

(١) يرى الإمام أحمد بن حنبل أن الغبن لا يجيز للمغبون الفسخ إلا فى ثلاث أحوال : الحال الأولى إذا تلقى شخص الركبان فباعهم أو اشترى منهم ، وهم لا يعلمون حال السوق ، فلهم الخيار إذا هبطوا السوق ، وعلموا أنهم قد غبنوا غبناً يخرج عن العادة ، لأن ذلك ضرب من الخديعة يمكن استدراكه بإثبات الخيار ، والثانية النجش ، وهو أن يزيد فى السلعة شخص لا يريد شراء ليغر المشترى فله الخيار إذا غبن ، لأن الناجش خدع بالباطل ، إذ فى عمله تغرير بالمشترى وخديعة له — ولأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش وقال : الخديعة فى النار ، وروى عن أحمد رضى الله عنه « أن البيع باطل ، لأن النهى يقضى البطلان عند أحمد ، على ما تبين فى بحث الصحيح والفاسد ، والباطل) ، الثالثة عقود المسترسل إذا غبن ، والمسترسل هو الجاهل لقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة . قال أحمد : « المسترسل الذى لا يحسن أن يماكس » ، وفى لفظ « الذى لا يماكس » فكأنه استرسل إلى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه . فشراء هذا الصنف من الناس يجيز له الفسخ إذا غبن غبناً فاحشاً (ملخص من الشرح الكبير — ٤ — ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩) .

ظهر الغبن لم يصادفه رضا . فلا بد من إعطاء المغبون حق الفسخ ، ليثبت رضاه بالعقد من جديد ، وبعد أن تبينت حاله من كل الوجوه . وهذا الرأى اختاره أكثر المفتين ، ولأصحاب الشافعى أقوال تدل على قبوله ، وهو رأى فيه رفق بالناس ، وفيه فوق ذلك عدل ، ومنع لأن يكون الغش مثبتاً لحق من الحقوق . والحمد لله رب العالمين .

رَفْعُ

عبد الرّحمن النّجدي

أسكنه الله الفردوس

الفهرس

الكتاب الأول

(في الأموال والملكية)

الموضوع	الصفحة

الموضوع — الصفحة

الكتاب الثانى

(نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية)

رقم الإيداع ١٩٧٧/٣٧٢٢
الترقيم الدولى ٦ – ٦١ – ٣٠٦